كفاية النبيه
شرح التنبيه
في فقه الإمام الشافعي

تأليف

الإمام الفقيه أبي العباس نجم الدين أحمد بن محمد ابن الرفعة

المتوفى ٧١٠ هـ

ويليه

الهداية إلى أوهام الكفاية

تأليف

الإمام الشيخ جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي

المتوفى ٧٧٢ هـ

دراسة وتحقيق وتعليق

الأستاذ الدكتور مجدي محمد سرور باسلوم

الجزء الثاني عشر

يحتوي على الأبواب التالية:

الوقف - الهبة - الوصية - العتق - التدبير

الكتابة - عتق أم الولد - الولاء

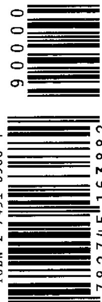
كتاب الفرائض

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title	: **KIFĀYAT AL-NABĪH ŠARḤ AL-TANBĪH**	**كفاية النبيه شرح التنبيه**	**الكتاب** :
Classification:	Shafeit jurisprudence	: فقه شافعي	**التصنيف**
Author	: Imām Najmuddīn Ibn al-Rifʿah	: الإمام ابن الرفعة	**المؤلف**
Editor	: Dr. Majdi Muḥammad Surūr Bāsallūm	: د.مجدي محمد سرور باسلوم	**المحقق**
Publisher	: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah	: دار الكتب العلميـــة ـ بـيروت	**الناشر**
Pages	: 10464 (20 volumes)+general glossary	10464 (20 جزءاً)+ الفهارس العامة	**عدد الصفحات:**
Year	: 2009	2009 :	**سنة الطباعة**
Printed in	: Lebanon	: لبنان	**بلد الطباعة**
Edition	: 1st	: الأولى	**الطبعة**

DKI
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

ISBN 978-2-7451-6388-2



بسم الله الرحمن الرحيم

باب الوقف

الوقف، والتحبيس، والتسبيل: بمعنىً، وهو في اللغة: الحبس، يقال: حَبَّسْت الأرض، وأحبستها، ووقفت الأرض وغيرها، أَقِفُها وقفًا، ولا يقال: أوقفتها، إلا في لغة رديئة.

وقال الجوهري وغيره: وليس في الكلام «أوقفت» إلا في حرف واحد: أوقفت عن الأمر الذي كنت عليه.

قال أبو عمرو: كل شيء أمسكت عنه تقول [فيه](١): «أوقفت».

قال الكسائي: يقال: ما أوقفك هنا، أي: ما صيَّرك إلى الوقوف.

وجمع الوقف: وقُوُفٌ وأوقاف.

وحقيقته شرعًا - على الصحيح -: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، ممنوع من التصرف في عينه، وتصرف منافعه إلى وجه من وجوه [البر](٢)، يقصد به التقرب إلى الله تعالى.

وإن شئت قلت: حبس ما يمكن الانتفاع به ... إلى آخره؛ ليدخل الكلب المعلَّم على رأي.

وسمي هذا التصرف وقفًا؛ لأن عين المال تبقى موقوفة، وسمي حبسًا؛ لأن المال يصير محبوسًا [على جهة معينة](٣).

---

(١) سقط في ج.

(٢) سقط في ج.

(٣) سقط في د.

وسمي سبيلًا؛ لأن الثمرة [تصير] مسبَّلة.

قال الشافعي[(١)] - رحمه الله-: ولم يحبس أهل الجاهلية - فيما علمته - دارًا ولا أرضًا [تبرُّرًا][(٢)].

والأصل في مشروعيته: ما روى أبو داود مسندًا عن نافع [عن][(٣)] ابن عمر قال: أصاب عمر أرضًا بخيبر، فأتى رسول الله ﷺ فقال: أصبت أرضًا لم أصب مالًا قط أنفس عندي منه، وكيف تأمرني؟ فقال: «إِنْ شِئْتَ حَبَّسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا»، فتصدق بها عمر: أنه لا يباع أصلها، ولا توهب، ولا تُورث، للفقراء، والقربى، والرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل. وفي رواية: والضيف - لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم صديقًا غير متموِّل فيه.

وفي رواية: غير متأثِّل مالًا[(٤)]. أخرجه البخاري ومسلم والنسائي وابن ماجه.

وقال يحيى بن سعيد - وهو الأنصاري-: نسخها لي عبد الحميد بن عبد الله [بن عبد الله][(٥)] بن عمر بن الخطاب - يعني صدقة عمر بن الخطاب-: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما كتب عمر في ثَمغ[(٦)]، فقص [من خبره][(٧)] نحو حديث نافع قال: «غَيْرَ مُتَأَثِّلٍ مَالًا فَمَا عَفَا عَنْهُ مِنْ ثَمَرِهِ فَهُوَ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ»، قال: وساق القصة، وإن شاء وَلِي ثَمغ[(٨)] اشترى من ثمره رقيقًا لعمله، وكتب معيقيب[(٩)] - وشهد عبد الله بن الأرقم: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين: إن حدث فِيَّ[(١٠)] حدثٌ أن ثمغًا وصِرْمَةَ ابنِ الأكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخيبر ورقيقه الذي أطعمه محمد ﷺ بالوادى - تليه حفصة ما عاشت، ثم يليه ذوو[(١١)] الرأى من أهلها، ألا يباع، ولا يشترى، ينفقه حيث رأى، من السائل والمحروم، وذوي القربى، ولا جناح على وليه إن أكل، أو آكل، أو اشترى[(١٢)]

(١) في د: الرافعي.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) تقدم.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: سمع.
(٧) في جـ: بن حبرة.
(٨) في جـ: سمع.
(٩) في جـ: معقيب.
(١٠) في د: به.
(١١) في جـ، د: ذوي.
(١٢) في جـ: شراء.

رقيقًا منه»[١].

ومعيقيب[٢]: هو ابن أبي فاطمة، وعبد الله بن الأرقم القرشي الزهري، ولهما صحبة.

وثمغٌ: بفتح الثاء المثلثة، وبعدها ميم ساكنة - وقيدها بعضهم بالفتح - وغين معجمة، وصِرْمَة ابن الأكوع: هما مالان معروفان بالمدينة كانا لعمر بن الخطاب فوقفهما.

وأكل: أي أطعم، آكله إيكالًا: أطعمه.

وقد قيل: إن ما وقفه عمر [بن الخطاب][٣] من أرض خيبر أول صدقة تُصُدِّقَ بها في الإسلام.

قال: الوقف قربة مندوب إليها؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُواْ ٱلْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا يَفْعَلُواْ مِنْ خَيْرٍ فَلَن يُكْفَرُوهُ﴾ [آل عمران: ١١٥] والوقف خير؛ فاندرج تحت عموم ذلك. ولقوله ﷺ: «إِذَا مَاتَ الإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلا مِنْ ثَلاثَةِ أَشْيَاءَ : مِنْ صَدَقَةٍ]جَارِيَةٍ[[٤]، أَوْ[٥] عِلْمٍ يُنْتَفَعُ[٦] بِهِ أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»[٧] كما اخرجه أبو داود ومسلم وغيرهما[٨].

وحمل العلماء الصدقة الجارية على الوقف، وقد قال الشافعي في القديم: ولقد بلغني أن ثمانين نفرًا من أصحاب رسول الله ﷺ من الأنصار تصدقوا بصدقات محّرمات موقوفات.

وقال جابر: ما بقي أحد من أصحاب رسول الله ﷺ له مقدرة إلا وقف.

وهذه الوقوف [جارية على سبلها][٩] إلى اليوم بمكة والمدينة.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ١٣٠)، كتاب الوصايا: باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف (٢٨٧٩).

(٢) في جـ: معيقبه.

(٣) سقط في جـ.

(٤) سقط في جـ.

(٥) في جـ: و.

(٦) سقط في جـ.

(٧) أخرجه مسلم (١/ ١٢٥٥)، كتاب الوصية: باب ما يلحق الإنسان من الثواب (١٤/ ١٦٣١)، والنسائي (٦/ ٢٥١) كتاب الوصايا: باب فضل الصدقة على الميت، وأبو داود (٣/ ١١٧)، كتاب الوصايا: باب ما جاء في فضل الصدقة عن الميت (٢٨٨٠).

(٨) في جـ: وغيره.

(٩) في جـ: جارة على سبيلها.

واحترز الشيخ بقوله: مندوب إليها عن القربة[١] الواجبة، ولأن القرب منها ما قام دليل عليه بخصوصه، كالعتق وصلة الرحم وغير ذلك، ومنها ما اندرج في عموم قوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُواْ ٱلْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧] ونحوه؛ فتبين أن الوقف من الأول وهو آكد من الثاني؛ لتظافر الدليل العام والخاص عليه.

قال: ولا يصح إلا ممن يجوز تصرفه في ماله؛ لأنه تصرف في المال، ويعتبر مع جواز التصرف في المال أن يكون أهلًا للتبرع فإن المكاتب من يجوز تصرفه في ماله ولا يصح[٢] وقفه.

قال: ولا يصح إلا في عين معينة، فإن وقف شيئًا في الذمة بأن قال: وقفت فرسًا أو عبدًا، لم يصح؛ لأنه إزالة ملك على وجه القربة؛ فلم يصح في عين الذمة كالعتق والصدقة، وهكذا الحكم فيما لو ثبت له في ذمة شخص فرس أو عبد فوقفه، ولو وقف أحد العبدين أو إحدى[٣] داريه ففيه وجهان في «الوسيط»، وأصحهما: المنع كما في الهبة، ومن جوز قاسه على العتق.

قال الإمام: وهذا التردد يضاهي تردد الأصحاب في أن الوقف هل يقبل التعليقَ[٤] [قبولَ][٥] العتق له، ويلتفت على أن الوقف إذا اقترن بالشرط المفسد هل يفسد أم[٦] ينفذ نفوذ العتق؟ ثم إذا صححناه طالبناه بالتعيين، فإن أفضى الأمر إلى الإقراع أقرع، كما في العتق.

قال: ولا يصح إلا في عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها على الدوام كالعقار والحيوان والأثاث أي - سواء كان مفرزًا[٧] أو مشاعًا.

ووجه صحة وقف هذه الأنواع - مع ما ذكرناه من حديث عمر-: ما روي أن النبي ﷺ بعث عمر ساعيًا على الصدقات، فلما رجع شكا العباس وخالدًا و [ابن][٨] جميل، فقال ﷺ: «مَا نَقَمَ ابْنُ جَمِيلٍ، إلا أَنَّهُ كَانَ فَقِيرًا فَأَغْنَاهُ اللَّهُ تَعَالَى وَرَسُولُهُ، وَأَمَّا خَالِدٌ فَإِنَّكُمْ تَظْلِمُونَ خَالِدًا؛ إِنَّهُ قَدِ احْتَبَسَ أَدْرَاعَهُ، وَأَعْتَادَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ»[٩]. وروي: «أَدْرَاعَهُ وأَعْتُدَهُ». والأعتد، قال القاضي الحسين: الخيل.

---

(١) في د: القرب.
(٢) في جـ: يجوز.
(٣) في جـ: أحد.
(٤) في د: تعليق.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: أو.
(٧) في جـ: مقدرًا.
(٨) سقط في جـ.
(٩) أخرجه البخاري (٣/ ٣٨٨) كتاب الزكاة، باب: قول الله تعالى: ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَـٰرِمِينَ وَفِي

و[بعضهم][١] روى أن أم معقل جاءت [إلى][٢] النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله، وإني أُريدُ الحجَّ، فأَرْكَبُهُ؟ فقال النبي ﷺ: «ارْكَبِيهِ؛ فَإِنَّ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ مِنْ سَبِيلِ اللهِ»[٣].

وذكر الشيخ العقار - وإن كان مجمعًا على جواز وقفه - لنقيس عليه ما ذكره معه؛ بجامع اشتراكهما فيما ذكره.

وأيضًا: فالمسلمون متفقون على وقف الحُصر والقناديل والزَّلَالِي في جميع الأعصار من غير إنكار.

ولا فرق في الحيوان بين أن يكون بهيمًا[٤] أو آدميًّا، ولا في [الآدمي بين][٥] المسلم والكافر، ولا في [الكافر بين][٦] أن يكون كتابيًّا[٧] أو وثنيًّا، كما صرح به القاضي الحسين.

تنبيه: الأثاث - بفتح الهمزة-: متاع البيت ونحوه، قال الفراء: لا واحد له من لفظه.

وقال أبو زيد: الأثاث يقع على المال أجمع من الإبل والغنم والبقر، ومتاع البيع، واحدته: أثاثة، والأول بكلام الشيخ أمسُّ.

[قال][٨]:فإن وقف مالًا ينتفع به مع بقائه كالأثمان والطعام، أو ما لا ينتفع به على الدوام كالمشموم - لم يجز؛ لأنه ليس في معنى المنصوص عليه، فلا يمكن إلحاقه، مع أن تسبيل الثمرة وتحبيس الأصل غير ممكن فيه.

وفي الأثمان وجه: أنه يجوز وقفها؛ بناء على جواز إجارتها، وبه جزم الفوراني عند التصريح بكونها للزينة، وقد حكاه أبو ثور عن الشافعي. قال البندنيجي: وليس بشيء.

= سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦٠]، برقم (١٤٦٨)، ومسلم (٢/ ٦٧٦) كتاب الزكاة، باب: تقديم الزكاة ومنعها، برقم (١١/ ٩٨٣).

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في ج.
(٣) أخرجه أبو داود (١/ ٦٠٨)، كتاب المناسك: باب العمرة (١٩٨٩)، وابن خزيمة (٢٣٧٦)، بنحوه وصححه الألباني في تعليقه على صحيح ابن خزيمة (٤/ ٧٢).
(٤) في ج: بهما.
(٥) في ج: الآدميين.
(٦) في ج: الكافرين.
(٧) في ج: صائبًا.
(٨) سقط في ج.

قد ألحق الماوردي بما لا منفعة فيه وقف الخصي من الغنم.

وقال في «البحر»: وعندي يحتمل وجهًا: أنه لا يجوز؛ لأنه ينتفع بصوفه كما ينتفع من الأنثى بلبنها ونسلها، ورأيته عن أصحابنا.

واعلم أن ما ذكره الشيخ من كون الوقف لا يصح إلا في عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها على الدوام، صحيح، لكنه[1] لا يكفي في ضبط ما يجوز وقفه؛ لأن الحر، والموصى بمنفعته، وأم الولد، والكلب المعلَّم يمكن الانتفاع بهم على الدوام، ومع هذا لا يصح وقف الحر ولا الموصى بمنفعته من مالك المنفعة اتفاقًا، وكذا وقف أم الولد، كما جزم به البندنيجي، وهو عند غيره الأصح؛ بناء على أن الوقف ينقل الملك، وهو المذهب.

ومن قال: إن الوقف لا ينقل الملك، جوزه على وجه، كما صرح به الماوردي وغيره، وحكى الخلاف، ولم يثبته.

وقال القاضي الحسين في «تعليقه»: إن الظاهر الجواز، وهو الذي [اختاره][2] في «المرشد». وعلى هذا: إذا مات السيد هل يبطل الوقف؟ [قال المتولي][3]: لا؛ بل تبقى منافعها للموقوف عليه؛ كما لو أجرها ومات، ويكون لها الرجوع بعوض منافعها. وفي «الحاوي» و «النهاية»: أنه يبطل بلا خلاف. قال الإمام: لأن الحرية تنافي الوقف دون الإجارة، وهذا قضية كلام ابن كج.

وأما الكلب، فجزم[4] المعظم بمنع وقفه، وإن جازت إجارته؛ لعدم الملك فيه كالحر.

وممن جزم به: البندنيجي [والماوردي][5] والقفال كما حكاه القاضي الحسين، والقاضي أبو الطيب حكاه عن النص، وقد أجاز بعضهم وقفه.

واختلفوا في أصله: فالشيخ أبو حامد كما حكاه عنه في «الإبانة»، والماوردي والقاضي الحسين بنوه على جواز إجارته.

ومنهم من بناه على جواز هبته.

ومنهم من بناه على أن الوقف لا يقتضي نقل الملك، وقد حكى في «البحر» طريقة

---

(١) في جـ: لأنه.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: جزم.
(٥) سقط في د.

قاطعة بهذا الوجه، ونسبها الفوراني إلى القفال، واختارها في «المرشد».

ومن خرج هذا الوقف على ما ذكرناه يلزمه تجويز وقف الموصى له بالمنفعة ولم يجوزه[(١)]؛ فلا جرم كان الأصل عند المعظم [المنع][(٢)]، وحينئذ فلو قال الشيخ: ولا يصح الوقف إلا في عين يمكن بيعها ويمكن الانتفاع بها على الدوام - كما قال القاضي أبو الطيب - لكان شاملًا لما يجوز وقفه على الصحيح، وعليه ينطبق أن المكاتب لا يجوز وقفه على الصحيح، وبه جزم الماوردي.

فإن قلت: ما ذكرته وإن كان مانعًا فهو غير جامع؛ لأمرين:

أحدهما: أنه يقتضي أن وقف الأشجار لثمارها، والمواشي لأصوافها وألبانها ونتاجها، والفحل لطروقه على بهائم أهل القرية - لا يجوز؛ لأن ما وقف غير منتفع به، وإنما الانتفاع حاصل بما صدر عنه، والانتفاع به حقيقة: كالدار تسكن والدابة تركب، والثوب يلبس ونحوه؛ ولهذا قال الغزالي: يجوز وقف كُلِّ متعين تحصل منه فائدة، أو منفعة لا تفوت العين باستيفائها.

الثاني: أنه يقتضي أن وقف المعلق عتقه بصفة لا يصح، وكذا المدبر إذا قلنا: إن التدبير عتق بصفة ؛ لأنهما على قولنا: إن الوقف لا ينقل الملك، إذا مات السيد عَتَقَا؛ فهو مال لا ينتفع به مع بقائه على الدوام، مع أن وقفهما صحيح اتفاقًا.

قلت: الجواب عن الأول: أن أهل العرف يعدون [مثل][(٣)] هذه الأعيان منتفعًا بها،

---

(١) قوله: «وأما الكلب فجزم المعظم بمنع وقفه، وإن جازت إجارته، وقد أجاز بعضهم وقفه، واختلفوا في أصله، فالشيخ أبو حامد كما حكاه في الإبانة عنه، والماوردي والقاضي الحسين بنوه على جواز إجارته.
ومنهم من بناه على جواز هبته.
ومنهم من بناه على أن الوقف لا يقتضي نقل الملك، وقد حكى في البحر طريقة قاطعة بهذا الوجه، ونسبها الفوراني إلى القفال واختارها في المرشد.
ومن خرج هذا الوجه على ما ذكرناه، يلزمه تجويز وقف الموصى له بالمنفعة، ولم يجوزه».
انتهى.
فيه أمران:
أحدهما: أن هذا الإلزام الذي ذكره آخر كلامه عجيب، فإنه خارج باشتراطهم أن تكون عينًا.
الثاني: أن ما حكاه هنا عن الفوراني غلط فإن الذي نسبه الفوراني في كتاب الإبانة إلى القفال: إنما هو الجزم بالمنع، فقال: وقال القفال: لا يجوز؛ لأنه لا يقبل نقل الملك، هذا لفظه في الإبانة من غير زيادة عليه. [أ و].

(٢) سقط في جـ. (٣) سقط في د.

وكذلك حملة الشرع حيث قالوا في شرائط المبيع: أن يكون منتفعًا به، ولولا شمول الاسم النوعين لما كان كلامهم به مستقيمًا.

وعن الثاني من وجهين:

أحدهما: أنه فرع على الصحيح في أن الملك ينتقل بنفس الوقف؛ لأن الحدود إنما تذكر لحصر ما عليه آحاده[١]، وحينئذ فلا يعتق واحد منهما بموت الواقف - كما صرح به الماوردي وغيره - إلا أن يقول: الاعتبار[٢] في التعليق بحاله [التعليق لا حالة][٣] وجود الصفة - كما حكاه المراوزة - فحينئذ [يعتق بكلٍّ، وقد يقال: إذا نظرنا إلى حالة وجود الصفة مع قولنا: إن الملك للواقف][٤]، يكون في نفوذه الخلاف الآتي في تنجيز عتق الموقوف، وقد أغرب في «التهذيب»؛ حيث جعل التفريع على قولنا: إنه ينتقل إلى الله تعالى، كالتفريع على أنه لا ينتقل حتى ينفذ العتق.

[و][٥] الثاني: أن الشيخ اعتبر إمكان الانتفاع بالعين[٦] مع بقائها على الدوام، والإمكان موجود؛ لأن احتمال موتهما قبل موت السيد قائم.

ومن هذا الجواب يظهر لك أنه لا يشترط في الموقوف أن يكون [بحيث][٧] تحصل منه منفعة في الحال؛ بل يجوز وقف الأرض الخراب - كما صرح به الماوردي - لإمكان عمارتها، والعبدِ والجحشِ الصغيرين، والزمن الذي يرجى زوال زمانته - كما صرح به الأصحاب - قياسًا على جواز نكاح الرضيعة[٨].

وكذا يجوز وقف العين بعد إجارتها كما يجوز وقف [ماله][٩] المغصوب، وهذا ما أجاب به في «البحر» في كتاب الإجارة قبيل باب كراء الإبل، وقال: إنه لا يرجع من وقف عليه بشيء من أجرة مدة الإجارة قولًا واحدًا.

وفي «فتاوى» القفال: تخريجه على الوقف المنقطع الأول.

وزاد بعضهم فقال: إن وقف على مسجد صح؛ لمشابهته الإعتاق.

وإن وقف على إنسان، فإن قلنا: الملك في الوقف للموقوف عليه، فهو على

---

(١) في جـ: اتحاده.
(٢) في جـ: بالاعتبار.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: بالغير.
(٧) سقط في د.
(٨) في جـ: المرضعة.
(٩) سقط في جـ.

الخلاف في بيع المستأجر: فإن لم نصححه فكذلك الوقف، وإن صححناه جرى الخلاف في الوقف المنقطع الأول. وإن قلنا: ينتقل إلى الله تعالى، فوجهان؛ لافتقاره إلى القبول. ووقف الورثةِ الموصَى بمنفعته مهرا(١) مثلًا، كوقف المستأجر(٢).

فرع: إذا استأجر أرضًا ليبني فيها أو يغرس، ففعل، ثم وقف البناء والغراس - ففي صحة الوقف وجهان:

أصحهما - وبه قال ابن الحداد-: [الصحة](٣)، وهو الذي حكاه(٤) الماوردي في كتاب الإجارة.

ووجه المنع: أن مالك الأرض بسبيل(٥) من قلعه؛ فكأنه وقف ما لا ينتفع به.

وهما كالوجهين في أنه لو أراد بيع البناء والغراس هل يجوز؟

ولو وقف هذا أرضه وهذا بناءه جاز بلا خلاف؛ كما لو اجتمعا على البيع. وإذا(٦) قلنا بصحة الوقف ومضت المدة، قال الماوردي: لم يكن لرب الأرض أن يبذل له قيمة ذلك؛ وإنما له أن يأخذ الواقف بقلعه إن بذل له أرش نقصه، وإذا قلعه لزمه أن ينقله(٧) إلى أرض أخرى يكون وقفها(٨) فيها جاريًا على سبيله، وكذلك قاله(٩) في «التهذيب» في كتاب العارية.

وقال الرافعي: إذا قلع مالك الأرض البناء، فإن بقي منتفعًا به بعد النقل فهو وقف كما كان، وإن لم يبق فيصير ملكًا(١٠) للموقوف عليه أو يرجع إلى الواقف؟ فيه وجهان، وأرش النقص الذي يوجد يسلك به مسلك الوقف.

قال: **ولا يجوز إلا على معروف وبر**، أي: إذا كان الوقف على جهة عامة **كالوقف على الأقارب والفقراء والقناطر وسبل الخير، فإن وقف على قاطع الطريق أو على حربي أو مرتد لم يجز**؛ لأن القصد بالوقف القربة وبالأول تحصل، وفي الثاني إعانة على معصية؛ فهو ضد المراد.

والمعروف الإحسان، والبر: اسم جامع للخير، وأصله الطاعة؛ فهو أعم من المعروف.

---

(١) في جـ: بهذا.
(٢) في جـ: المستلم.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: أورده.
(٥) في جـ: يستبد.
(٦) في جـ: ولو.
(٧) في د: يبذله.
(٨) في جـ: وقفه.
(٩) في جـ: قال.
(١٠) في جـ: مملوكًا.

قال: وإن وقف على ذمي جاز؛ لأن الوقف يجري مجرى صدقة التطوع، وصدقة التطوع على الذمي جائزة؛ فكذلك الوقف.

فإن قيل: يظهر أن المراد بالذمي غير معين، وهو من عقدت له الذمة؛ كما أن مراده بقاطع الطريق والمرتد والحربي ليس شخصًا معينًا، بل من يقطع الطريق ومن يرتد ومن يحارب، وإلا فهو كما لو وقف على زيد مثلًا وكان قاطع الطريق؛ فإنه يصح جزمًا، وكذا لو وقف عليه وهو مرتد أو حربي على أحد الوجهين.

قلت: ليس الأمر كذلك؛ بل المراد الواحد المعين؛ فإن هذه الصيغة ليس فيها عموم، وما ذكر من [أن][1] المراد بقاطع الطريق واحد غير معين فصحيح؛ لأنه مضاف إلى الطريق، ومثل ذلك يقتضي[2] العموم كما في [ابن][3] السبيل، وما ذكر من أن المراد بالحربي والمرتد واحد غير معين، ممنوع؛ لما ذكرناه[4].

والشيخ اقتصر فيهما على الصحيح، وهو منع الوقف عليهما - كما هو مذكور في

---

(١) سقط في جـ. (٢) في د: بمقتضى.

(٣) سقط في جـ.

(٤) قوله - نقلًا عن الشيخ: «فإن وقف على قاطع الطريق أو حربي أو مرتد، لم يجز، وإن وقف على ذمي جاز.

ثم قال: فإن قيل: يظهر أن المراد بالذمي غير معين، كما أن مراده بقاطع الطريق والمرتد والحربي ليس شخصًا معينًا، بل من يقطع أو يرتد أو يحارب، إذ لو كان معينًا، لكان كما لو وقف على زيد مثلًا، وكان قاطع طريق، فإنه يصح جزمًا، وكذا لو وقف عليه وهو حربي أو مرتد في وجه.

قلت: ليس الأمر كذلك، بل المراد الواحد المعين، فإن هذه الصيغة ليس فيها عموم، وما ذكر من أن المراد بقاطع الطريق واحد غير معين فصحيح؛ لأنه مضاف إلى الطريق، ومثل ذلك يقتضي العموم، وما ذكر من أن المراد بالحربي والمرتد غير معين ممنوع؛ لما ذكرناه». انتهى كلامه.

وهو تخليط فاحش، فإن الصيغة إذا لم يكن فيها عموم، لا يلزم أن يكون مدلولها واحدًا معينًا، فقد يكون واحدًا غير معين؛ كما لو قال: لله علي أن أعتق عبدًا، فإنه يكفيه أي عبد كان، ولا يستقيم أن يريد العموم البدلي؛ لأنه لا يراد به أيضًا فرد معين، وقد جَعَلَه مغايرًا له، وكذلك دعواه أن المراد بمن يقطع الطريق واحد غير معين، ثم استدل عليه بأن المضاف يقتضي العموم في غاية العجب، لا سيما والقائلون بأن الإضافة مقتضاها العموم، إنما هو عموم الشمول، وحينئذ فلا يصح أن يريد الشمولي ولا البدلي، وسبب هذا جميعه هو كلامه فيما لا علم له به، ولو سكت عن مثل ذلك؛ لكان خيرًا له، ويكفيه ما يبديه في الفن الفقهي من العجائب والغرائب. [أ و].

«الحلية» و «الرافعي» - لأنهما[١] منقولان عن قرب، والوقف صدقة جارية؛ فكما[٢] لا يصح وقف ما لا [دوام له][٣] لا يصح الوقف على من لا [دوام له][٤]، ولك أن تقول: وقف ما لا دوام له لا يبقى له أثر بعد فواته، وإذا فات الموقوف عليه أولًا انتقل الوقف إلى من بعده؛ فمقصود الوقف حاصل وهو الدوام. ثم من جوز الوقف على المرتد [يجب][٥] أن يقول ببقاء ملكه، والله أعلم.

وقد ذهب بعض الأصحاب إلى أن الوقف على الجهة العامة لا يشترط فيه [وجود][٦] القربة؛ بل الشرط انتفاء المعصية حتى جوز الوقف على مساكين أهل الذمة والأغنياء من المسلمين؛ كما لو وقف على ذمي بعينه أو مسلم بعينه - وكان غنيًّا - نظرًا لكونه[٧] جهة تملك، وهذا ما اختاره الإمام وشيخه بعد أن حكى عن المعظم الأول، وأنهم استدلوا بأنه لا يجب استيعاب المساكين إذا وقف عليهم، ويجوز الاقتصار على ثلاثة منهم، ولو كان القصد التملك[٨] لما جاز مثل ذلك.

وقال الرافعي: إن ما اختاره الإمام أشبه، وإنه مطرد في جواز الوقف على الفساق.

واستشهد له بأن ابن الصباغ صحح الوقف على النازلين بالكنائس من مارة أهل الذمة وقال: إنه وقف عليهم لا على الكنيسة.

وإن الأشبه توسط ذهب إليه بعض المتأخرين، وهو تصحيح الوقف على الأغنياء، وإبطال الوقف على اليهود والنصارى وقطاع الطريق وسائر الفساق؛ لتضمنه الإعانة على المعصية.

ولا خلاف أن الوقف على شراء آلةٍ بِرَسْمِ قطاع الطرق والمحاربين لا يجوز، وكذا على البِيَع والكنائس وكتب التوراة والإنجيل؛ لأنها محرمة لا لكونها منسوخة، كما قاله البندنيجي والقاضي أبو الطيب؛ لأن النسخ لا يذهب حرمتها، والقاضي الحسين علله بكونها منسوخة، وحكاه في «الحاوي» عن بعض الأصحاب وقال: إنه فاسد.

وسواء فيما ذكرناه المسلم والذمي، حتى لو رفع إلينا وقف أهل الشرك نقضناه،

---

(١) في جـ: وهما.
(٢) في جـ: كما.
(٣) في جـ: يدوم.
(٤) في جـ: يدوم.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في د: إلى كونه.
(٨) في جـ: المملك.

اللهم إلا أن يكون شيئًا وقفوه قبل المبعث على كنائسهم القديمة، فنقره حيث تقر الكنائس.

وقال في «الحاوي»: إنه لو وقف دارًا على أن يسكنها فقراء اليهود، فإن جعل لفقراء المسلمين نصيبًا معهم جاز، وإلا فوجهان، وجه المنع: أنهم إذا انفردوا بسكناها، صارت ككنائسهم، وهو مخرج - أيضًا - مما ذكرناه من قبل، وسنذكر في باب الوصية مسائل تشابه ما نحن فيه، ولا يبعد جريان خلاف في جواز الوقف عليها؛ [أخذًا][1] مما[2] ذكرناه.

فروع:

إذا وقف على سبيل الله، أو: [على][3] أن تصرف منفعته إلى الله - صرفت المنفعة إلى الغزاة الذين لا حق لهم في الديوان، كما قال القاضي أبو الطيب، ولا يرد علينا حديث [أبي][4] معقل؛ لأنه - عليه السلام - [يجوز أن يكون][5] علم أن [أبا][6] معقل جعل الحج والعمرة من سبيل الله في وقفه.

وعندنا لو أراد بـ «سَبِيلِ اللهِ» الحج والعمرة صح، وصرفت نفقته إليهما، وكلامنا عند الإطلاق.

ولو وقف على سبيل الخير أو البر أو الثواب صرف إلى أقارب الواقف، فإن لم يوجدوا فإلى أهل الزكاة.

وذكر القاضي الحسين: أنه إذا وقف على سبيل الخير صرف إلى أهل الأصناف الذين يأخذون لحاجتهم دون العاملين.

وذكر في «التهذيب» أن الموقوف على سبيل البر يجوز صرفه إلى ما فيه صلاح المسلمين من أهل الزكاة وإصلاح القناطر وسد الثغور ودفن الموتى وغيرها.

وفرق بعض الأصحاب - كما حكاه الإمام عن رواية شيخه والعراقيين - فقال: إذا وقف على جهة الخير صرف إلى مصارف الزكاة، ولا يبني به مسجدًا ولا رباطًا، وإذا وقف على جهة الثواب صرف إلى أقاربه.

قال الإمام: ورأيت في بعض تعاليق شيخي: أنه لا فرق بين لفظ الثواب والخير،

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: فيما.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في د.

وحكى أن[1] ذلك نص الشافعي، وأن بعض القيَّاسين [ذهب][2] إلى أن الثواب والخير لا يختصان بجهة من جهات القرب، ولكنهما يحملان على جميع جهات الخير، وهذا هو الحق الذي لا يجوز غيره، ولا ينقدح فيه تردد، إلا في أنه لا يُبْنَى بالرَّيْع رباط ولا مسجد.

وقال الرافعي: إن جواب الأكثرين الأول، وقالوا: لو جمع بين سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير، صرف الثلث إلى الغزاة المذكورين في الزكاة، والثلث إلى أقاربه، والثلث إلى الفقراء، والمساكين والغارمين، وابن السبيل، وفي الرقاب.

وفي «تعليق» أبي الطيب: أن الثلث الثاني يصرف إلى [الفقراء والمساكين، ويبدأ بأقاربه.

وقال البندنيجي: إن هذا الثلث يصرف إلى فقراء][3] أقرب الناس إلى الواقف.

ويجوز الوقف على أكفان الموتى ومؤنة الغسالين[4] والحفارين، وعلى شراء الأواني والظروف لمن تكسرت عليه.

وعلى المتفقهة: وهم المشتغلون بتحصيل الفقه مبتدئهم ومنتهيهم، وعلى الفقهاء، ويدخل فيه من حصل شيئًا منه وإن قل، كذا قاله الرافعي.

والذي حكاه القاضي الحسين: أنه إذا وقف على [الفقهاء صرف إلى من يعرف من كل علم [من الأحكام][5] شيئًا[6]، فأما من تفقه شهرًا أو شهرين فلا. ولو وقف

---

(١) في جـ: في.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: الغاسل.
(٥) سقط في جـ.
(٦) قوله: والمتفقهة: هم المشتغلون بتحصيل الفقه: مبتدئهم ومنتهيهم.
والفقهاء هم الذين حَصَّلُوا من الفقه شيئًا وإن قل، كذا قاله الرافعي.
والذي حكاه القاضي الحسين: أنهم الذين يعرفون من كل علم شيئًا. انتهى ملخصًا.
وهذا النقل عن الرافعي من استحقاقه بما قل حتى يستحق بالمسألة الواحدة، هو كذلك فيه، وتابعه عليه أيضًا في الروضة، ولكن لا أعلم من ذكره قبله، فإن غالب الكتب المطولة؛ كالحاوي والبحر وتعليقة القاضي أبي الطيب وغيرها، ليس فيها تعرض للمسألة. والذين تعرضوا لها، جزموا بأن هذا القدر لا يكفي، فذكر القاضي الحسين في هذا الباب من إحدى تعليقتيه، ما ذكره المصنف، وقال في التعليقة الأخرى: يعطى من حَصَّل من الفقه شيئًا يهتدى به إلى الباقي. قال: ويعرف بالعادة.
وقال في التهذيب في باب الوصية: يصرف لمن حصّل من كل نوع، وكأن هذا هو مراد القاضي بقوله: من كل علم.

=

على][1] المتفقهة صرف إلى من تفقه يومًا مثلًا؛ لأن اسم المتفقه ينطلق عليه، بخلاف الأول.

ولو وقف على الصوفية، قال الرافعي: فالذي رأيته بخط بعض المحصِّلين: أن الشيخ أبا محمد لم يصحح الوقف عليهم؛ إذ ليس للتصوف حدٌّ يوقف عليه، والمشهور: الصحة؛ فيصرف إلى كل من كان مشتغلًا بعبادة الله تعالى في أغلب أمره، فأما ما كان مشتغلًا بالأكل والرقص والسماع فلا، كذا قاله القاضي الحسين في «التعليق».

وقال الغزالي [في «الفتاوى»][2]: لا بد في الصوفي من العدالة ومن [تركِهِ الحرفةَ][3]. نعم، لا بأس بالخياطة والوراقة وما يشبههما[4] إذا كان يتعاطاها أحيانًا في الرباط لا في حانوت، ولا تقدح[5] قدرته على الاكتساب والاشتغال بالوعظ والتدريس، ولا أن يكون له من المال قدر ما لا تجوز الزكاة فيه، أو لا يفي دَخْله بخَرْجِه. وتقدح الثروة الظاهرة والعُروض من الكثرة. ولا بد أن يكون في زي القوم، إلا إذا كان مساكنهم في الرباط؛ فتقوم المخالطة والمساكنة مقام الزي، وليس يشترط لبس المرقَّعة من يد شيخٍ[6]، كذا ذكره المتولي.

قال: ولا يجوز أن يقف[7] **على نفسه** أي: وإن ذكر بعده مالًا؛ كالفقراء والمساكين؛ لقوله ﷺ: «حبِّس الأَصْلِ، وَسَبِّل الثَّمَرَةَ»[8]، وتسبيل الثمرة يمنع أن

= وقال الغزالي في «الإحياء»: يدخل الفاضل في الفقه، ولا يدخل المبتدئ من شهر ونحوه، والمتوسط بينهما درجات يجتهد المفتي فيها، والورع لهذا المتوسط ترك الأخذ. انتهى. ونقله عنه النووي في كتاب «البيع من شرح المهذب» وأقره.
وقال في «التتمة» في الوصية أيضًا: إنه يرجع فيه إلى العادة، وعبر في كتاب «الوقف» بقوله: أي من حصل طرفًا، وإن لم يكن متبحرًا، فقد روي: أن من حفظ أربعين حديثًا عُد فقيهًا. انتهى.
ولا شك أن هذا اللفظ -أعني: عدم التبحر- هو الموقع للرافعي في الغلط، ثم إن ما ذكره الرافعي هنا، قد خالفه في كتاب الوصية فتأمله، وقد أوضحته في «المهمات». [أ و].

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: بركة الخرقة.
(٤) في ج: أشبهها.
(٥) في د: يقدح.
(٦) في د: الشيخ.
(٧) في د: يوقف.
(٨) أخرجه الشافعي في مسنده، ص (٣٠٨) برقم (١٤٦٣)، والدارقطني (٤/ ١٩٣) كتاب الأحباس، باب: في حبس المشاع، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٦٢) كتاب الوقف، باب: وقف المشاع.

يكون فيها حق، ولأن الوقف صدقة ومعناه تمليك المنفعة جزمًا، وتمليك الموقوف على رأي، والموقوف ومنفعته ملكه؛ فلا يمكن أن يتصدق بها على نفسه، ولا أن يملك نفسه ذلك، كما لا يجوز أن يملكها بالبيع، وهذا ما حكاه في «البحر» عن نصه في القديم.

وذهب ابن سريج وأبو عبد الله الزبيري من أصحابنا إلى صحة ذلك - كما حكاه القاضي أبو الطيب والماوردي وغيرهما - تمسكًا بما روي أن عثمان لما وقف بئر رُومة، قال: «دلوي فيها كدِلاء المسلمين»[(١)]، وحكاه في «البحر» عن المذكورين، وعن محمد بن عبد الله الأنصاري، وقال: إن الاختيار جوازه واستحسنه.

وعن القاضي ابن كج: أنه نقل عن ابن سريج أنه صحح الوقف، وألغى الشرط والإضافة إلى نفسه. وهذا بناء على أنه لو اقتصر على قوله: وقفت، صح الوقف كما سنذكره.

والمنتصرون للأول قالوا: عثمان - رضي الله عنه - لم يقل ذلك شرطًا، ولكن أخبر أن للواقف أن ينتفع بالأوقاف العامة؛ كالصلاة في [البقعة التي][(٢)] جعلها مسجدًا وما أشبه ذلك، وتفارق الأوقاف العامةُ الخاصةَ؛ لأن العامة عادت إلى ما كانت عليه من الإباحة، بخلاف الخاصة؛ فإنها تقتضي ملك قوم مخصوصين فلم يجز أن ينتفع بها.

التفريع:

إن قلنا بالصحيح، فطريق تصحيح الوقف - كما قال ابن يونس وصاحب «رفع التمويه»-: أن يقف على أولاد أبيه الذين من صفتهم [كذا وكذا][(٣)]، ويذكر صفات نفسه[(٤)]، [أو يقف على

---

(١) طرف من حديث طويل عن عثمان بن عفان.
أخرجه الترمذي (٦/ ٧١)، أبواب المناقب: باب في مناقب عثمان بن عفان (٣٧٠٣)، والنسائي (٦/ ٢٣٥)، كتاب الأحباس: باب وقف المسجد، وابن خزيمة (٢٤٩٢)، والدارقطني (٤/ ١٩٦)، والبيهقي (٦/ ١٦٨)، وحسن إسناده الألباني في إرواء العليل (١٥٩٤).

(٢) في ج: المسجد الذي.

(٣) في د: كيت وكيت.

(٤) قوله: «وطريق تصحيح الوقف على نفسه كما قال ابن يونس، وصاحب رفع التمويه: أن يقف على أولاد أبيه الذين من صفتهم كيت وكيت، ويذكر صفات نفسه» انتهى.
واعلم أن ما ادعاه من أن صاحب رفع التمويه صححه بهذا الطريق غلط، فإنه إنما نقل ذلك عن =

نفسه][1]، ويرفع الأمر إلى حكم يرى ذلك ليحكم به، وفي الأول بحث[2] سأذكره، ولو لم يفعل ذلك، وقال: وقفت على فلان، فإذا مات عاد إلى نفسي، ثم على الفقراء: فهل يصح؟ فيه وجهان في «تعليق» القاضي الحسين.

ولو استبقى التولية لنفسه وشرط أجرة، ففي صحة الشرط وجهان ينبنيان على أن الهاشمي إذا انتصب عاملًا للزكاة: هل له أن يأخذ سهم العامل؟

ولو وقف على الفقراء فافتقر[3] ففي جواز الأخذ له وجهان:

المجزوم به في «الحاوي» و الذي مال إليه الرافعي: الجواز.

وفي «الوسيط»: ترجيح المنع. وهذا ينقدح طرده في الصورة الأولى التي فرضها ابن يونس في تصحيح الوقف على نفسه لولا أن الغزالي وجهه بأن مطلق الوقف ينصرف إلى غير الواقف.

وإن قلنا بقول الزبيري ففي «الحاوي» وجهان:

أحدهما: يبقى على حقه على التأبيد يخلفه فيه ورثته وذرية ذريته ما بقوا، فإذا انقرضوا عاد حينئذ إلى جماعة الفقراء والمساكين.

[والوجه الثاني: أنه يقدم مدة حياته، فإذا مات عاد للفقراء والمساكين][4] دون

= غيره نقل مضعف له بعد أن ذكر -أيضًا- ما يقتضي عدم الصحة، فإنه قال: فرع: ولا يجوز أن يقف على نفسه، بل طريق ذلك أن يهبها لغيره ويقبضها إياه ممن يثق به أو يبيعها عليه بثمن ما، ثم يسأله إبقاءها عليه وعلى من شاء بعده.

وقيل: إن أراد أن يقف على نفسه، فله إليه طريق، وهو أن يقف على أولاد ابنه ويصف نفسه فيقول: وقفت هذا على أولاد فلان على كل من كان صفته كذا وكذا، ويذكر صفة نفسه، فإنه يدخل في ذلك الوقف. هذا كلام رفع التمويه بحروفه.

والظاهر أنه أشار إلى ابن يونس، فإنه كثيرًا ما يتبعه فيما يقوله، ورأيت بخط بعض الفضلاء أن أبا علي الفارقي تلميذ الشيخ أبي إسحاق، ذكر هذه الطريقة، وكان ابن يونس اعتمد عليه فيها، وبالجملة فهي مردودة معنًى، وهو ظاهر، ونقلًا فقد قال الغزالي في فتاويه: إذا وقف على أولاده، فإن انقرضوا؛ فعلى عصبتهم، فمات بعضهم، وكان للواقف عصبة، لا يدخل بحكم العصوبة؛ لأنه يصير متعينًا لاستحقاق وقف نفسه، وبهذا خالف إذا وقف على المسلمين؛ لأنه على العموم فيدخل فيهم. هذا كلام الغزالي. وهو يقتضي إبطال ما تقدم بطريق الأولى فتبين أن لا مستند للتصحيح بهذه الصورة. [أ و].

(١) سقط في جـ.

(٢) في جـ: يجب.

(٣) في د: وافتقر.

(٤) سقط في جـ.

ورثته، إلا أن يكونوا من جماعة[1] الفقراء.

فروع[2]:

قال في «الحاوي»: لو وقف رجل وقفًا ليحج عنه جاز، ولا يكون وقفًا على نفسه؛ لأنه لا يملك شيئًا من غلته، فإن ارتد عن الإسلام لم يجز أن يصرف الوقف على[3] الحج؛ لأن الحج عن المرتد لا يصح، وصرف في الفقراء والمساكين، فإن عاد إلى الإسلام أعيد الوقف إلى الحج عنه، وهذا منه يظهر أنه تفريع على [أنه يجوِّز][4] النيابة في حج التطوع.

ولو وقفها في الجهاد عنه جاز، فلو ارتد الواقف عن الإسلام كان الوقف على حاله يصرف إلى المجاهدين عنه؛ لأن الجهاد يصح من المرتد.

ولو وقف ضَيْعة على أن يصرف رَيْعها على[5] عمارتها وحق السلطان وما حصل بعد ذلك [في تَبِعَاتي][6] في الزكاة والكفارات.

قال أبو العباس ابن سريج: [يصح][7] ويصرف للفقراء والمساكين؛ لأن الظاهر أنه أخرج زكاته وكفاراته، وإنما خاف التقصير فكان تطوعًا عنه، حكاه ابن الصباغ، وفي «التتمة» [حكاية عن ابن سريج][8]: أنه يصح، ويصرف إلى من تصرف إليه الزكاة والكفارات.

وفي «الوسيط» وغيره: أنه إذا وقف وشرط أن تصرف من الريع ديونه وزكاته، فهو كما لو وقف على نفسه.

قال: ولا على مجهول كرجل غير معين؛ لتعذر تنفيذ الوقف[9] في مستحقه.

وعن الشيخ أبي محمد احتمال فيما إذا وقف على أحد الرجلين على قولنا: إن الوقف على المعين لا يفتقر إلى القبول، وقد أقامه الغزالي وجهًا، وذكر أنه مخرج من وقف أحد العبدين، وعلى هذا يطالب الواقف بالبيان، فإن تعذر الرجوع إليه بموت أقرع.

---

(١) في جـ: جملة.
(٢) في د: فرع.
(٣) في جـ: في.
(٤) في د: صحة.
(٥) في د: إلى.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في جـ: عن التتمة.
(٩) في جـ: الحق.

ولو قال: وقفت على من شاء زيدٌ، كان باطلًا، ولو قال: على من شئت - وكان قد عين من شاءه [عند الوقف - جاز وأخذ ببيانه][١]، ولو لم يعينه إذ ذاك لم يجز.

قال:ولا على من لا يملك الغلة كالعبد أي: إذا قصد الوقف على نفسه والحمل؛ لأنه تمليك منجَّز فلا يصح على ما ذكرنا؛ كالبيع والهبة.

واحترزنا بلفظ «التمليك» عن الإرث في حق الحمل، وبلفظ «التنجيز» عن الوصية.

وفي «البحر»: أن الشيخ أبا محمد حكى في «المنهاج» وجهين: أن الوقف عن الحمل يصح كما يملك بالإرث. وفي «الحاوي» وغيره: أن منع الوقف على العبد مبني على قولنا: إنه لا يملك، أما إذا قلنا: إنه يملك، صح، فإذا عَتَقَ كان له، وكان[٢] على قياس هذا: أنه إذا وقف على عبد فلان [فباعه][٣] أو وهبه يكون الوقف مستمرًّا، لكن المتولي قال: إن الاستحقاق منوط بكونه عبد فلان، فإذا باعه أو وهبه زالت صفة الاستحقاق.

قال الرافعي: ولك أن تقول: الخلاف في أنه ملك مخصوص بما إذا ملكه السيد، فأما إذا ملكه غير السيد، فلا خلاف أنه [لا][٤] يملك، وحينئذ إذا كان الواقف غير السيد كان الوقف على من لا يملك؛ فأي معنى لقوله: أو ملكه السيد ملك؟![٥]

قلت: قد تكرر من الرافعي ومن غيره القول بأنه: لا خلاف في أن العبد لا يملك بتمليك غير السيد، وقد تقدم منه ومن غيره: أن العبد يملك بالشراء وبالقرض على رأي من جهة غير سيده، وإذا ملك ببدلٍ فبدونه من طريق الأولى، وسأذكر في أول كتاب «الهبة» وأواخر «باب العتق» ذلك منقولًا عن الأصحاب صريحًا؛ فاطلبه تجده.

فأما إذا أطلقِ الوقف عليه فهو على سيده؛ كما لو وهب منه، أو أوصى له، وإذا شرطنا القبول جاء الخلاف في أن العبد هل يستقل بقبول الهبة والوصية أم يحتاج إلى إذن السيد؟ وكذا في السيد لو قبل هل يصح؟ والأصح في الأخيرة: لا؛ لأن الخطاب لم يجر معه.

وحكى ابن الصباغ عن القاضي أبي الطيب في «المجرد»: أنه لو وقف على العبد

---

(١) سقط في د.
(٢) في ج: فكان.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ج: الملك.

وقلنا: إنه يملك، صح الوقف عليه، وكان للسيد أخذ الرَّيْع منه، فإذا عَتَقَ كان له، وإن قلنا: إن العبد لا يملك، فهو كما لو وقف على بهيمةٍ[١] للغير، وظاهر المذهب في البهيمة: أنه يصح، ويكون وقفًا على مالكها، وينفق عليها من رَيْعه، فإذا نَفَقَتْ تكون لصاحبها. وما ذكره عن القاضي صدره يقتضي أن تكون المسألة مفروضة فيما إذا قصد تمليك العبد، وعجزه يقتضي الإطلاق؛ فإنه لو قصد تمليكه بَعُدَ أن يُشَبَّه بالبهيمة التي الوقف عليها لا يقتضي التمليك، وأن تصرف السيد، ثم المختار في البهيمة ظاهر المذهب.

وفي «الرافعي» و «التهذيب»: أن الصحيح فيها البطلان، وبه جزم الماوردي؛ كما لا تصح الوصية إليها ولا الهبة.

وأما إذا صححنا وشرطنا القبول فالقابل المالك، والخلاف كما حكاه المتولي يجرى فيما إذا وقف على علف بهائم القرية المملوكة أو على بهائم لفلان، بخلاف ما لو وقف على الوحوش أو على علف الطيور المباحة؛ فلا يصح جزمًا.

وحكم المدبر والمعلق عتقه بصفة وأم الولد، حكم القِنِّ، وكذا المكاتب عند الشيخ أبي حامد.

وفي «الحاوي» إطلاق القول بالصحة، سواء كان على معين أو على المكاتبين.

وفي «التتمة» أن الوقف على المكاتبين صحيح.

ثم إذا عجز بعضهم كان الحكم في استرجاع ما دفع إليه كما [هو][٢] في الزكاة، وكذا إن كان على مكاتب بعينه يصح في الحال، وتصرف الفوائد إليه، ويلزم حكمه إذا عتق إن أطلق الواقف الوقف، وإن قيد بحال الكتابة بطل استحقاقه، وإذا[٣] عجز بان [أن][٤] الوقف منقطع الابتداء، وهذا فيه [نظر، بل][٥] ينبغي أن يتخرج على أنه هل يسترجع [منه ما أخذه][٦] أم لا؟ فإن استرجع فالحكم كذلك؛ وإلا فليس بمنقطع الابتداء، [ويؤيد ذلك: أن تصرفات المكاتب بحكم الملك لا ينقضها عند عجزه][٧].

ولو وقف على الأرِقَّاء الموقوفين لِسِدانة الكعبة وخدمة قبر النبي ﷺ صح على

---

(١) في د: بهيمته.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: وإن.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: تطويل.
(٦) في جـ: أخذ منه.
(٧) سقط في د.

الأصح؛ كما لو وقف على علف الدواب في سبيل الله.

ولو وقف على المقبرة لتصرف الغَلَّة إلى عمارة القبور، قال المتولي: لا يجوز؛ لأنه ليس فيه قربة.

ولو وقف على هذه الدار على أن يأكل فوائدها طارقوها صح على أظهر الوجهين.

ولو وقف على عمارة دار زيد: فإن لم يكن زيد [قد][(١)] وقفها لم يصح، وإن كان قد وقفها صح.

قال الماوردي: لأن الوقف طاعة، وحفظ عمارته قربة؛ كما لو وقفها على مسجد أو رباط.

فإن قيل: الوقف عندكم على من لا يملك غير صحيح، والوقف على مسجد ورباط وقنطرة وفرس في سبيل الله صحيح، وإن لم يصح أن يكون شيء من ذلك مالكًا؟[(٢)]

قيل: هذا وقف على كافة المسلمين، وإنما عيّن مصرفه في هذه الجهة؛ فصار مملوكًا مصروفًا في هذه الجهة في مصالحهم.

قال: فإن[(٣)] **وقف على من يجوز** [أي][(٤)]: كأولاده الموجودين أو رجلٍ بعينه، ثم **على من لا يجوز** كأهل الحرب ونحوهم- بطل الوقف في أحد القولين؛ لأن المقصود بالوقف إيصال الثواب على الدوام حتى يتميز عن العواري، [ولم يحصل][(٥)]، وصح في الآخر، لأن مقتضى الوقف القربة والثواب، فإذا بين مصرفه في الحال سهل إدامته على وجه الخير، وهذا نصه في «المختصر»، وهو مع الأول في «حرملة»، وهذا الوقف يلقب بـ «المنقطع الانتهاء».

وبنى المتولي القولين على أن البطن الثاني يتلقون الوقف من الواقف أو من الموقوف عليه؟.

فإن قلنا بالأول فلا بد من بيان من ينتهي إليه الاستحقاق.

وإن قلنا بالثاني فلا حاجة إليه.

قال الرافعي: وهذا البناء يقتضي ترجيح قول البطلان؛ لأن قول التلقي من الواقف

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: ملكًا.
(٣) في جـ: وإن.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.

أرجح وأصح، وإلى ذلك ذهب المسعودي والإمام، لكِنِ الأكثرون قالوا: أصح القولين صحة الوقف، ومنهم القضاة أبو حامد والطبري [والروياني][1] ، ووافقهم صاحب «التهذيب».

وعن صاحب «التقريب» قول ثالث في المسألة: وهو الفرق بين أن يكون الموقوف عقارًا فلا يجوز إنشاؤه منقطع[2] الآخر، وبين أن يكون حيوانًا فيجوز؛ لأن مصير الحيوان إلى الهلاك، وكما يجوز فوات الموقوف عليه مع بقاء الموقوف يجوز عكسه إن قلنا بالصحيح.

قال: ويصرف[3] **إلى أقرب الناس إلى الواقف** أي: بعد انقراض الموقوف عليه أولًا؛ لأن قصده الثواب، وهو أبلغ فيه فكان الصرف إليه أولى من غيره، ولأن العادة جارية بأن الإنسان إذا أراد أن يتصدق بشيء بدأ بأقاربه؛ فيجعل كأنه صرح بذلك[4] ، وهذا نصه في «المختصر»، وهو الأصح عند القاضي الحسين. ثم [إن][5] المراد بأقرب الناس إلى الواقف ماذا؟ فيه ثلاثة أوجه.

أحدها - وهو ما حكاه القاضي الحسين عن تخريج ابن سريج[6]-: الجيران، وهو أبعدها.

والثاني: أقاربه الوارثون، حكاه المراوزة.

والثالث - وهو الأصح، والمذكور في طريقة العراق، وينسب إلى رواية حرملة-: أنه أقربهم رحمًا وإن كان غير وارث، حتى يقدم ابن البنت على ابن العم.

فلو اجتمع جماعة فمن المقدم منهم؟ سيأتي الكلام فيه في «باب الوصية» - إن شاء الله تعالى - فإن بعض الأصحاب أحال الكلام فيه عليه، ثم الاعتبار بالأقرب - كما قال في «البحر» - حالة رجوع الوقف إليهم، لا يوم الابتداء بالوقف.

قال: وهل يختص به فقراؤهم، أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء؟ فيه قولان:

وجه الاختصاص - وهو المذكور في «حرملة»، والصحيح-: أن مصرف الصدقاتِ: الفقراءُ.

ووجه الاشتراك - وهو المنصوص عليه في «المختصر»، وظاهر رواية الربيع-: أن

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: بقطع.
(٣) في التنبيه: ويرجع.
(٤) في جـ: به.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: شريح.

اسم القرابة يشمل الجميع، والغني كالفقير[(١)] في باب الوقف.

وقيل: يختص به الفقراء قولًا واحدًا؛ لما تقدم، وهذا ما نسب إلى ابن سريج، وبه قال جمهور الأصحاب كما قاله الماوردي، وحملوا رواية المزني والربيع المطلقة على رواية حرملة المقيدة بالفقر[(٢)].

وهذا الخلاف جارٍ بلا شك عند الأصحاب في الوقف على القرابة، لكن هل يجري مثله فيما إذا قلنا: أقرب الناس إلى الواقف الجيران؛ الظاهر: أنه لا يجري؛ فإن الماوردي حكى فيما إذا وقف على الجيران: أنه[(٣)] لا فرق فيهم بين الغني والفقير، وأقصى درجات ذلك: أن يكون كالتصريح، ثم إذا قلنا: بالاختصاص بالفقراء فهل هو على سبيل الوجوب أو الاستحباب؟ فيه وجهان.

فإذا[(٤)] قلنا: على سبيل الوجوب، فلو افتقر من كان غنيًّا عند موت الموقوف عليه أولًا صرف[(٥)] إليه، ولو كان الكل أغنياء [كان][(٦)] كما لو كان الكل فقراء وانقرضوا، و[قد][(٧)] قال ابن الصباغ في ذلك: إنه يصرف إلى الفقراء والمساكين.

وقال في «البحر»: الذي نص عليه الشافعي: أن الإمام يجعلها حبسًا على المسلمين يصرف غَلَّتها في مصالحهم.

وقال: إن القاضي الطبري صار إليه ورجَّحه.

وقيل على قول الصحة: لا يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، بل يصرف إلى المصالح العامة مصارف الخُمس؛ فإنها أعم الخيرات، والأعم أهم[(٨)].

قال [الإمام][(٩)]: وعلى هذا لا يتصرف فيه غير الولي على الرأي الظاهر، ولا يبعد عن الاحتمال رد[(١٠)] ذلك إلى نظر الناظر في الوقف، وقيل: بل إلى مستحق الزكاة غير العامل، وهذا جعله الروياني في «البحر» مع الذي قبله وجهًا واحدًا.

وقيل: بل إلى المساكين؛ لأن سَدَّ الخلات أهم الخيرات.

وعلى هذا فهل يقدم جيران الواقف[(١١)]؟ فيه وجهان، أشبههما: المنع؛ لأنا لو

---

(١) في جـ: والفقير.
(٢) في جـ: بالفقير.
(٣) في جـ: أنهم.
(٤) في جـ: فلو.
(٥) في جـ: يصرف.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في جـ: لهم.
(٩) سقط في د.
(١٠) في د: إذ.
(١١) في د: الوقف.

قدمنا بالجِوار لقدمنا بالقرابة بطريق الأولى، وعلى قول التقديم فالفرق بينه وبين الوجه الذي حكيناه أولًا عن ابن سريج: أن ثَمَّ يستحق الجار وإن كان غنيًّا على رأي، وهاهنا لا بد أن يكون فقيرًا.

قال الإمام: وينقدح على هذا القول - يعني القول بعدم تقديم الجار - جواز نقل الرَّيْع[١] عن مساكين البلد، ومنع ذلك؛ تخريجًا على اختلاف القولين في نقل الصدقات.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن الوقف يعود ملكًا للواقف، والله أعلم.

ومن صور هذا القسم: أن يوقف على قوم يمكن انقراضهم، كما إذا قال: وقفت على أولادي، فإذا انقرضوا فعلى أولاد أولادهم. ولم يَقل بعد ذلك شيئًا آخر.

وألحق بعضهم ما إذا قال: وقفت على أولادي، ثم بعدهم على هذا المسجد، [أو:][٢] هذه القنطرة المعينة، أو: على هذا الرباط، ومنهم الماوردي، وكذا إذا جعل الوقف ابتداء على مسجد وقنطرة ورباط معين، كما ذكره القفال في «فتاويه».

وبعضهم ألحق ذلك: بما إذا جعل المال للفقراء أو للمساكين أو المساجد أو القناطر أو الرباطات، من غير تعيين أو وقف على ذلك ابتداء؛ فإنه وقف صحيح [في المآل][٣] والابتداء جزمًا، والقاضي الحسين حكى الوجهين فيما إذا جعل النهاية المسجد الجامع، وطردهما في «التهذيب» في الصور كلها، وفصل المتولي في الوقف على مسجد بعينه [أو رباط بعينه][٤]، فقال: إن كان يبعد في الوهم خراب ذلك الموضع بأن كان في وسط بلدة صح، وإن كان لا يبعد في الوهم ذلك بأن كان في قرية أو على جادة فهو منقطع الانتهاء، فإذا خرب صرف إلى مسجد آخر، وإذا جعل الصرف إلى جهة العلماء نهاية الوقف صح [الوقف][٥]؛ كما لو جعل نهايته لقراء القرآن والمجاهدين أو للفقراء[٦].

---

(١) في جـ: الربيع.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: للمال.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: الفقراء.

وفي «فتاوى» القفال خلافه؛ لأنهم قد ينقطعون.

فرع[1]: إذا قال: وقفت على زيد وعلى الفقراء، فذاك ينبني على ما إذا أوصى لزيد وللفقراء، [ووقف النصف الآخر][2]: فإن جعلناه كأحدهم صح الوقف، ولا يحرم زيد، وإن قلنا: النصف له، صح الوقف في نصف الفقراء، ووقف النصف الآخر منقطع الانتهاء، [فإن لم يصح][3]، قال الرافعي: فيقع في تفريق الصفقة[4].

قال: وإن وقف على من لا يجوز [ثم على من يجوز][5] مثل أن قال: وقفت على هذا العبد، أو على رجل، ثم على أولادي، ثم على الفقراء - فقد قيل: يبطل قولًا واحدًا؛ لأن الأول باطل؛ لعدم إمكان الصرف إليه في الحال، والثاني فرع الباطل، وهذه رواية المزني، وبها قال أبو إسحاق المروزي، وصححها الماوردي والبغوي وصاحب «المرشد».

وقيل فيه قولان أي: كالمسألة قبلها: أحدهما: يبطل؛ لما سبق.

والثاني: يصح؛ لأن الأول لما بطل صار كالمعدوم فصار الثاني كأنه مبتدأ به، وهذا الطريق رواه حرملة، وبه قال ابن أبي هريرة، والقاضي الطبري وابن الصباغ حَكَيَا أن أصحابنا بنوا الخلاف على الخلاف في تفريق الصفقة، كما إذا باع عبده وعبد غيره، ومقتضى هذا البناء: أن يكون الصحيح من القولين الصحة، وعلى ذلك جرى في «البحر»؛ فقال: إن المذهب الجواز. لكنه بنى الخلاف على أن البطن الثاني ممن[6] يتلقون؟ فإن قلنا: من البطن الأول، لم يصح، وإلا فهو على الخلاف في تفريق الصفقة.

وحكى القاضي الحسين عن شيخه: أنا إن لم نصحح الوقف في المسألة الأولى فهاهنا أولى، وإن صححناه ثَمَّ فهاهنا وجهان، والفرق: أن هناك نقله إلى من يصح الوقف عليه للابتداء، وهو الأصل فسومح في الفرع، وهنا عكسه.

ورأي الإمام عكس هذا البناء فقال: إن قلنا: إن منقطع الابتداء لا يصح، فمنقطع الانتهاء أولى، وإن قلنا: منقطع الابتداء يصح، ففي منقطع الانتهاء وجهان؛ لأن وضع الوقف على أن يدوم، وليس في منقطع الأول إلا أن مصرفه منتظر.

---

(١) في جـ: قال.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: الصفة.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: فيمن.

قال الرافعي: والظاهر البطلان وإن ثبت الخلاف.

وعلى مقابله قال الشيخ: فإن كان ممن[1] **لا يجوز الوقف عليه ممن لا يمكن اعتبار انقراضه كالمجهول** أي: مثل إن وقف على رجل غير معين صرفت الغلة[2] **إلى من يجوز**[3] الصرف عليه، أي: في الحال؛ كي لا تبطل فائدة الصحة. وإن كان ممن **يمكن** اعتبار انقراضه **كالعبد فقد قيل: يصرف في الحال إلى من يجوز الوقف عليه**؛ إذ الأول كالمعدوم فانتقل [الوقف][4] إلى من بعده، وقيل: **لا يصرف** [إليه إلى أن][5] **ينقرض** أي: ويكون الرَّيْع للواقف وإلى ورثته [و][6] إن كان قد مات؛ لأنه لم يوجد شرط الانتقال إليه فلا ينتقل، وهذا هو المنصوص في «حرملة». وقال ابن الصباغ: إنه بعيد. وقال الشيخ أبو حامد: إنه المذهب.

فعلى هذا ففي ثبوت الوقف في الحال وجهان:

أحدهما: يثبت؛ لأنه يجزُّه ولكن تأخر الاستحقاق.

والثاني: لا يثبت، بل هو ملك، وسبيله سبيل المعلَّق عتقه بصفةٍ.

وقيل: يكون [لأقرباء][7] **الواقف [إلى أن]**[8] **ينقرض، ثم يصرف إلى من يجوز الوقف عليه**؛ لأنه لا يمكن رده إلى الواقف؛ لأنه أزال ملكه فيه، ولا يمكن صرفه لمن يصح عليه الوقف؛ لأنه لم يوجد شرط الانتقال إليه، وهو انقراض العبد؛ فكان أقرباء الواقف أحق به، وهذا هو الأقيس في «الشامل»، وإذا قلنا به جاءت التفاريع المتقدمة.

وحكى القاضي أبو الطيب وجهًا: أنه يصرف للفقراء والمساكين، ويبدأ [منه بأقرباء الواقف.

وحكى الفوراني وجهًا: أن مصرفه إلى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه؛ كالمصرف][9] في المنقطع الآخر، وهذا الوقف يسمى منقطع الابتداء، ومن صُوَره - كما قال الماوردي-: ما إذا وقف على ورثة زيد وزيد حي، ثم[10] على الفقراء.

---

(١) في جـ: من.
(٢) في د: الغلة.
(٣) في التنبيه: يصح.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: حتى.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: حتى.
(٨) سقط في جـ.
(٩) سقط في د.
(١٠) في جـ: به.

وبقي خارجًا عما ذكره الشيخ أقسام:

قسم يكون الوقف فيه صحيح الابتداء والوسط والانتهاء:

وهو أن يوقف على ولده الموجود مثلًا، وعلى من يحدث له من الأولاد، ثم على أولادهم وأولاد أولادهم، وغير ذلك، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء، فهذا صحيح جزمًا، وكذا إذا وقف على مدرسة موجودة ثم على مدرسة يستجدها، ثم على الفقراء، كما قاله القاضي الحسين.

وقسم[١] منقطع الابتداء والانتهاء والوسط:

مثل: أن يوقف على عبد، ثم على رجل، ثم على أهل الحرب والقطاع، فهذا لا يصح جزمًا.

وقسم صحيح الابتداء والانتهاء منقطع الوسط:

مثل[٢] أن يقول: وقفت على ولدى، ثم من بعده على رجل أو عبد، ثم من بعده على الفقراء، فهذا يترتب على المنقطع الانتهاء.

فإن قلنا: إنه يصح، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان، والأصح - كما قال القاضي الحسين-: الصحةُ.

وقد مثل[٣] القاضي هذا القسم بما إذا وقف على زيد، فإذا مات ولد زيد فعلى الفقراء.

فإن قلنا بالصحة فالحكم في حال انتهاء الوقف إلى من لا يجوز الوقف عليه؛ كالوقف المنقطع الابتداء.

وقسم منقطع [الابتداء][٤] والانتهاء صحيح الوسط:

مثل: أن يقف على رجل، ثم على أولاده، ثم على المرتدين، فهذا يترتب على الوقف المنقطع الأول، وهاهنا أولى بالبطلان، وهو الأظهر.

وقسم منقطع الابتداء والانتهاء ولا وسط له:

كما إذا وقف على رجل غير معين، أو على من يختاره فلان، أو على من يولد له،

---

(١) في د: ومنهم.
(٢) في جـ: ثم.
(٣) في جـ: قيد.
(٤) سقط في جـ.

أو على مسجد سيبنيه، قال في «التهذيب»: فهو غير صحيح على الصحيح من المذهب.

قال: وإن وقف على رجل بعينه، ثم على الفقراء، فرد الرجل أي: أصل الوقف بطل في حقه؛ لأن الوقف يتضمن إيجاب حق للموقوف[١] عليه، وليس للواقف ولاية إيجاب الحق [له][٢] بغير رضاه.

[قال][٣]: وفي حق الفقراء قولان مأخذهما: أن البطن الثاني يتلقون الوقف من الواقف أم من الموقوف عليه أولًا؟ وفيه خلاف سبق.

فإن قلنا بالأول صح، وإلا فلا، والقاضي أبو الطيب بناه على تفريق الصفقة، وعلى كلتا[٤] الحالتين فالبناء يقتضي أن يكون الصحيح الصحة.

واعلم أن الأصحاب اختلفوا في أن الوقف على معين هل يفتقر إلى القبول أم لا؟ على وجهين، مع اتفاقهم أن الوقف على الجهة العامة كالفقراء والمساكين والرباطات لا يشترط فيه القبول، لتعذره، مع أنه شبيه بالتحرير.

فأحد[٥] الوجهين - وهو الأصح عند الإمام وغيره، وبه جزم الفوراني-: الاشتراط؛ لأنه يبعد دخول عين أو منفعة في ملكه من غير رضاه، وعلى هذا فليكن متصلًا بالإيجاب كما في البيع والهبة، وسيأتي في الهبة حكاية وجه في عدم اشتراط القبول فيها على الفور، ولا يبعد [مجيء مثله][٦] هنا.

والثاني: لا يشترط، واستحقاق الموقوف عليه كاستحقاق العتيق منفعة نفسه، وهذا[٧] ما اقتضى إيراد صاحب «التهذيب» ترجيحه، وبه أجاب في «الاستقصاء»، والروياني في «البحر» حيث قال: لا يحتاج لزوم الوقف إلى القبول، ولكن لا يملك عليه إلا باختياره، ويكفى الأخذ دليلًا على الاختيار في أول دفعة، ولا يشترط تكرره، وخصص في «التتمة» الوجهين بما إذا قلنا: إن الملك في الوقف

---

(١) في د: الموقوف.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج.
(٤) في د: وأحد.
(٥) في ج، د: كلًا.
(٦) في ج: مجيئه.
(٧) في ج: وهو.

منتقل إلى الموقوف عليه، أما إذا قلنا بغيره فلا يشترط.

وكلام الشيخ هنا يجوز أن يكون مفرعًا على عدم اشتراط القبول؛ لأنه لو كان مفرعًا على اشتراطه فالرد إما أن يكون قبل القبول أو بعده، فإن كان بعده لم يكن صحيحًا؛ للزوم الوقف، والوقف بعد لزومه لا يرد، وإن كان قبله فإحالة البطلان على عدم ركن العقد - وهو القبول - أولى من إحالته على غيره وهو الرد، ويجوز أن يكون تفريعًا على اعتبار القبول، وعَبَّر بالرد عن عدم القبول؛ لأنه إذا كان شرطًا ولم يأت الموقوف عليه به فقد رده، أو يكون الرد بعد القبول، ولا نقول: إنه بالقبول لزم[1]، ويكون معنى قول الشيخ: فإذا صح الوقف لزم أي: من جانب الواقف؛ ولهذا نقول: إنه إذا وقف الشقص المشفوع صح، وللشفيع نقض الوقف، وحينئذ يكون الخلاف[2] في صحة الوقف على الفقراء وبطلانه هو الخلاف السابق في الوقف المنقطع الابتداء، وأعاده؛ لأنه [في الصورة الأولى جرى لأجل ذلك في الموقوف عليه، وهنا جرى تخلل في العقد، وهذا هو][3] المذكور في «النهاية» والمفهوم من كلام الأئمة، وقد قال الأصحاب: إن الوقف يبطل بالرد في حق الراد، سواء شرطنا القبول أو لم نشترطه؛ كما في الوصية والوكالة، وقضية قول الشيخ: وإذا صح الوقف لزم ألا يتمكن من الرد، إذا قلنا بعدم اشتراط القبول، وهو ما أبداه في «التهذيب» عن شيخه احتمالًا، وقال: إنه الأصح عندى، خصوصًا إذا قلنا: إن الملك زائل إلى الله - تعالى - كما لو أعتق عبده فرده.

أما إذا رد الرَّيْع دون أصل الوقف، قال في «البحر»: إن رد غلة واحدة كان على حقه فيما يحدث بعدها، ويعرض عليه الغلة الأخرى، فإن عاد بعد الرد يطلبها نظر: إن كان بعد إعطائها إلى من رجعت إليه لم يسترجع، وإن كان قبل ذلك ردت إليه.

وحكى فيمن[4] يرجع إليه الغلة المردودة إذا لم يكن شرط من جهة الواقف

---

(١) في جـ: لزوم.
(٢) زاد في جـ: فيه.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: ممن.

وجهين، كما لو مات:

أحدهما: ترد إلى من معه.

والثاني: ترد إلى[(١)] الفقراء والمساكين.

فرع: لو رد البطن الثاني فيما إذا كان [قد][(٢)] وقف على زيد، ثم على عمرو، ثم على الفقراء - فهل يبطل بردهم مع أنه لا يشترط قبولهم؟ فيه وجهان عند الغزالي وإمامه، وأجرى في «التتمة» الوجهين في اشتراط القبول منهم أيضًا، وبناهما على أنهم يتلقون ممن؟ فإن قلنا: من الواقف، فحكمهم حكم البطن الأول، وإلا فلا، واستحسنه الرافعي، وقال: لا يبعد ألا يتصل الاستحقاق بالإيجاب، ومع ذلك يعتبر القبول كما في الوصية.

قال: وإن وقف وسكت عن السبيل أي: عن جهات المصرف، مثل أن قال: وقفت هذا - وسكت - بطل [الوقف][(٣)] **في أحد القولين**؛ لأن الوقف يقتضي التمليك، فإذا لم يعين الملك بطل كما لو قال: بعت، أو: وهبت، وسكت ولم يعين المبيع منه و[(٤)] الموهوب له، ولأنه لو وقف على مجهول بطل؛ فإذا أطلق كان أولى، وهذا ما قال الماوردي: إنه أقيس، والقاضي [الحسين][(٥)] والغزالي: إنه الأظهر، والبغوي والرافعي: إنه الصحيح، والروياني: إنه اختيار القاضي[(٦)] أبي حامد.

ويصح في الآخر؛ لأنه إزالة ملك عن جهة القربة فصح مطلقًا؛ كالأضحية والهدى، وهذا ما مال إليه الشيخ أبو حامد والمصنف وصاحب «البحر»، وقال: إنه منصوص عليه، وغيره نسب القولين إلى نصه في «حرملة».

وعلى الثاني قال الشيخ: ويصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف؛ لما سبق، ويجيء فيه ما تقدم من التفاريع، ومن هو الأقرب، وقد حكى الشيخ أبو حامد أن

---

(١) في د: على.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في التنبيه.
(٤) في جـ: من.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: الشيخ.

الشافعي نص هاهنا على أنه يسوي بين [فقراء][١] أقرباء الواقف وأغنيائهم، وتابعه المحاملي في ذلك.

ثم إذا انقرضوا، قال في «التهذيب»: صرف إلى الفقراء والمساكين. والمذكور في «تعليق» القاضي أبي الطيب و«الشامل»: أنه يصرف ابتداء [إلى الفقراء والمساكين، فيبدأ][٢] [بأقاربه المحتاجين؛ لأنهم أولى بصدقته؛ كما لو أوصى بثلث ماله مطلقًا، ولم يذكر الموصى له يصرف][٣] للفقراء والمساكين، ويبدأ بأقاربه.

وفي «الحاوي» أن ابن سريج[٤] حكى في مصرفه ثلاثة أوجه:

أحدها: ما ذكرناه عن القاضي أبي الطيب، وزاد أنه يقدم أقرب الناس إليه نسبًا ودارًا من[٥] ذوي الحاجات، وهذا ما صححه الماوردي.

والثاني: يصرف إلى[٦] وجوه البر والخير؛ لعموم النفع بها.

والثالث - وهو المذهب[٧]-: أن الأصل وقف المنفعة له ولورثته وورثة ورثته ما بقوا، فإذا انقرضوا كانت في مصالح المسلمين، وكأنه وقف الأصل واستثنى المنفعة لنفسه ولورثته انتهاء[٨].

وحكى المتولي: أنه إذا أوصى بثلث ماله ولم يعين الجهة كان في صحة الوصية الخلاف المذكور.

فرع: لو قال: نصف داري هذه صدقة محرمة ليصرف من غلتها إلى فلان كل شهر كذا - ولم يزد - ففي صحة الوقف وجهان، إن صح ففي الفاضل عن المقدار ثلاثة أوجه:

أحدها: الصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف.

والثاني: الصرف إلى الفقراء.

والثالث: الصرف إلى الواقف.

قال: ولا يصح الوقف إلا بالقول أي: سواء كان الوقف يضاهي التحرير، كوقف

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: شريح.
(٥) في جـ: و.
(٦) في د: في.
(٧) في د: مذهبًا له.
(٨) في جـ: انتهى.

البقعة مسجدًا، أو لا يضاهيه ويتضمن نقل[1] الملك كالوقف على معين، أو على الجهات العامة؛ لأنه إزالة ملك عن منفعة عين، أو عن عين ومنفعة على وجه القربة تبرعًا؛ فلم يصح بغير لفظٍ مع القدرة كشراء القريب[2] والعتق.

واحترزنا بلفظ «القربة» عن قضاء الديون وتقديم الطعام للضيف، وبلفظ «التبرع» عن الزكوات والكفارات، وبلفظ «القدرة» عن الأخرس؛ فإنه إذا عجز عن النطق صح منه الوقف بالإشارة المفهِمة.

قال المتولي ويخالف البيع حيث أثبتنا حكمه على طريقةٍ بدون لفظ؛ لأن البيع كان معهودًا في الجاهلية والشرع ورد بإباحته فجرى عليه، والوقف لم نعهده في الجاهلية فاتبع فيه ما ورد في الشرع وهو اللفظ.

قال: **وألفاظه** أي: الصريحة **وقفت**؛ لأنه موضوع له ومعروف به، **وحبست وسبَّلت**؛ لأنه ثبت لهما عرف الشرع بدليل حديث عمر.

قال المتولي: ولأنهما تكررا في عرف الصحابة؛ فما نقل عنهم الوقف إلا بهذين اللفظين. وهذا هو الصحيح.

وقيل: إن الألفاظ الثلاثة كناية، حكاه ابن كج عن رواية أبي حامد وأبي الحسين، وقد نسب هذا إلى الإصطخري، وبعضهم ينسب إليه أن لفظ: «التحبيس» و«التسبيل» كنايتان دون لفظ «الوقف».

وبعضهم نسب إليه أن لفظ «التسبيل» خاصةً كنايةٌ؛ تمسكًا بأنه - عليه السلام - غاير بين اللفظين في قصة عمر: فاستعمل[3] التحبيس في الأصول، والتسبيل في الثمار التي ليست بموقوفة، وبأن «التسبيل» من «السبيل»، وهو لفظ مبهم[4]، و«التحبيس» معناه: حبس الملك في الرقبة عن [التصرفات المزيلة][5] فكان في معنى الوقف، وبذلك حصل في المسألة أربعة أوجه، والمذكور في أكثر الكتب: ما ذكره الشيخ، قال في «الإبانة»: ويقوم مقام ذلك ما أدَّى معنى هذه الألفاظ.

---

(١) في جـ: هل.
(٢) في جـ: الغريب.
(٣) في جـ: واستعمل.
(٤) في جـ: منهم.
(٥) في جـ: التصرف المزيل.

قال: وفى قوله: حرمت وأَبَّدت، وجهان:

أحدهما: أنهما كنايتان؛ لأنه لم يثبت لهما عرف لغوى ولا شرعى، وهذا قول ابن أبي هريرة، وهو الأظهر في «الرافعي»، والأصح في «تعليق» القاضي الحسين و«البحر».

والثاني: أنهما صريحان؛ لأن التحريم والتأبيد في غير الأبضاع لا يكون إلا بالوقف فحمل عليه، وهذا ما اختاره في «المرشد».

وقال المتولي: إن ظاهر كلام الشافعي - رضي الله عنه - يدل عليه؛ فإنه قال: إذا قال في لفظ الصدقة: محرمة مؤبدة، انعقد الوقف. فلو لم يكن ذلك صريحًا لما كان مفيدًا للصراحة؛ إذ الكناية إذا اقترنت بها كناية أخرى لا تمنع مقتضاها، وقد ذكر ابن الصباغ ما ذكره المتولي احتمالًا لنفسه، ولا يخفى أن هذا تفريع على أن الألفاظ السابقة صريحة، أما إذا قلنا بأنها كناية أو بعضها فهذا أولى.

قال: وإن قال: تصدقت، لم يصح الوقف؛ لتردد اللفظ بين[(١)] صدقة التطوع والصدقة الواجبة والصدقة الموقوفة.

قال: إلا أن[(٢)] **ينويه أو يقرن به** أي: بضم الراء، ويقال: بكسرها **ما يدل عليه كقوله: صدقة محرمة، أو: مؤبدة، أو: صدقة لا تباع، وما [أشبه ذلك]**[(٣)] أي: مما يدل على إرادة الوقف: كذكر شرط من شروطه، أو حكم من أحكامه؛ لأن به تترجح إرادة الوقف، وحكى الإمام عن بعضهم عدم الاكتفاء بلفظ «التحريم» و«التأبيد» مع لفظ الصدقة، [وأنه لا بد من التقييد بقطع التصرف عن العين كقوله: صدقة لا تباع، أو: لا توهب، أو: لا تورث؛ لأن لفظ «التحريم» و«التأبيد» مع لفظ «الصدقة»][(٤)] قد يحملان على تأكُّد الملك في الرقبة على معنى أن الملك فيها مستمر لا ينقضه المتصدق.

[قال الرافعي][(٥)]: ويشبه ألا يعتبر هذا القائل في قوله: صدقة موقوفة، [مثل][(٦)]

---

(١) في جـ: من.
(٢) في التنبيه: حتى.
(٣) في التنبيه: أشبهها.
(٤) بدل ما بين المعقوفين في جـ: مع أنه.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.

هذا التفصيل، وأن هذا قول من ذهب إلى أن لفظ «التأبيد» و«التحريم» [ليسا][(١)] بصريحين.

وحكى عن آخرين: أنهم رأوا أن لفظ «ما» لا يُلْحِق لفظ «الصدقة» بالصريح؛ لأنه صريح في التملك المحض الذي يخالف مقصودُهُ مقصودَ الوقف؛ فلا ينصرف إلى غيره بقرينة [لا استقلال][(٢)] لها، وأشار الإمام إليه - أيضًا - وبه يتحصل في إفادة لفظ «الصدقة» الوقف إذا اقترن به لفظ آخر ثلاثة أوجه، وظاهر المذهب - على ما حكاه الإمام-: الذي حكاه الشيخ، وقال: إن الخلاف يجري إذا كان الوقف على معين كقوله: تصدقت على فلان وفلان صدقة محرمة [أو][(٣)] مؤبدة، أو على جهة عامة كقوله: تصدقت على المساكين صدقة محرمة [مؤبدة][(٤)]. وسلك فيما إذا تجرد لفظه عن لفظ آخر واقترنت به النية طريقًا آخر، فقال: إن كانت الإضافة إلى جهة عامة فمنهم من ينزل النية منزلة التقييد باللفظ؛ إقامة للفظ الصدقة مقام الكنايات في الطلاق والعتاق، وهو الذي صححه الرافعي، ومنهم من لم يكتف بالنية؛ فإن التصدق صريح في تمليك الرقبة، وإن كانت الإضافة إلى معين فالأصح أنه صدقة مقتضاها تمليك الرقبة؛ فإنها صريح في الباب، وأن لفظ التحريم إذا قلنا: إنه ليس بصريح، فاقترنت به النية - يجب القطع بصحة الوقف؛ لأنه ليس بتمليك للرقبة. وما قاله في اقتران النية عند الإضافة إلى جهة عامة لا اعتراض عليه؛ لأنه لا شيء غيرها[(٥)] يصرف اللفظ إليه فانصرف إلى الوقف، وما قاله من الإضافة إلى معين: إن فرضه مع كونه لم يذكر مالًا فصحيح؛ لأن الوقف الذي لا مال له غير صحيح عنده على الأصح، وقد وجد لفظ «الصدقة» نفاذًا [في موضوعه[(٦)]، فترتب عليه مقتضاه، ولا يجوز نقله عن][(٧)] موضوعه لمجرد النية. وإن فرضه وقد ذكر له مالًا صحيحًا، فذكر المال قرينة ظاهرة على إرادة اللفظ[(٨)]؛ فنزل منزلة اقتران لفظ الصدقة بلفظ التحريم أو التأبيد؛ فلا يظهر الفرق في الحكم معنًى، وما أطلقه العراقيون من الاكتفاء بالنية

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: الاستقلال.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: غيرهما.
(٦) في جـ: موضعه.
(٧) سقط في د.
(٨) في د: الوقف.

يجب حمله على ما إذا كانت الإضافة إلى جهة عامة إذا فرعنا على [أن الوقف المنقطع الانتهاء صحيح][(١)]، فلا فرق بين الجهة العامة والإضافة إلى معين.

وأصل الاختلاف بين العراقيين والمراوزة عند وجود مجرد النية يرجع إلى أصل، وهو أن لفظ الصدقة إذا تجرد عن القرائن والنية هل يحمل على الهبة أم لا؟ فيه وجهان حكاهما الماوردي:

أحدهما - وبه قال البغداديون-: لا؛ كما لا يحمل على الوقف، وعلى هذا ينتظم ما قاله العراقيون من أنه إذا نوى حصل الوقف في الظاهر دون الباطن، فإن ذكر بأنه نوى لزم في الظاهر والباطن، وإن قال: ما أردت الوقف، قبل منه، فإن أنكر [ذلك][(٢)] الموقوف عليه كان القول قوله مع يمينه؛ لأنه[(٣)] أعرف بنيته، كذا قاله ابن الصباغ.

والوجه الثاني - وبه قال البصريون-: أنه يحمل على الهبة، وعلى هذا تجري مباحث الإمام، والله أعلم.

تنبيه: يؤخذ من كلام الشيخ أن الألفاظ التي [ينعقد بها][(٤)] الوقف ستة، كما صرح به أبو الطيب والماوردي وغيرهما: ثلاثة ألفاظ صريحة وهى[(٥)] الأُوَل، ولفظ واحد كناية جزمًا وهو الأخير، ولفظان مختلف في إلحاقهما بالأول أو بالأخير، وإذا كان كذلك لزم[(٦)] ألا ينعقد بلفظ غيرها، سواء كان مضاهيًا للتحرير كالمساجد أو لا، وعلى ذلك جرى القاضي الحسين والمتولي في موضع من كتابه والبغوي، ولم يحكوا سواه، وأن الوقف لا ينعقد بقوله: جعلت هذه البقعة مسجدًا؛ لأنه لم يوجد شيء من ألفاظ الوقف، وكذا أجاب به الأستاذ أبو طاهر، وقال: لأنه وصف البقعة بما هي متصفة به، قال - عليه السلام-: «جُعِلَتْ لِي الأَرْضُ مَسْجِدًا»[(٧)]، وكلام الغزالي في الوجيز ظاهر في أنها تصير مسجدًا بذلك، وإن لم يوجد شيء من ألفاظ الوقف؛ فإنه قال: لو أذَّن للصلاة[(٨)] في ملكه لم يصر مسجدًا [بذلك][(٩)]، [وكذا إذا صلى][(١٠)]

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: لا.
(٤) في جـ: يقتضيها.
(٥) في جـ: وهو.
(٦) في جـ: وجب.
(٧) تقدم.
(٨) في د: في الصلاة.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) سقط في د.

[ما لم][١] يقل: جعلته مسجدًا، وكذا المتولي في أوائل[٢] هذا الباب قال: إن عندنا يلزم الوقف بمجرد قوله: جعلت هذا الموضع مسجدًا. وحكى الإمام أن الأصحاب ترددوا في استعمال لفظ الوقف فيما يضاهي التحرير كما إذا قال مالك المنفعة: وقفتها على صلاة المصلين، وهو [يبغي جعلها][٣] مسجدًا.

قال الرافعي: فانظر ما بين الكلامين من التباعد.

والأشبه: أنه لا [بأس باستعمال][٤] لفظ الوقف، وأن قوله: جعلته مسجدًا، يقوم مقامه؛ لإشعاره بالمقصود، واشتهاره [به][٥].

قلت: وقد صرح في «الوسيط» بأن لفظ «الوقف» و«التحبيس» و«التسبيل» يستعمل فيها، وإن حكى الخلاف في الصورة التي حكاها الإمام، ومحل التردد الذي ذكرناه إذا خلا[٦] عن نية الوقف، أما إذا قصد بقوله: جعلتها مسجدًا، الوقفَ - صارت مسجدًا، صرح به القاضي الحسين، وكذا محله إذا كان ملكه على الأرض مستقرًّا قبل إرادة جعل البقعة مسجدًا، أما إذا ابتدأ بناء مسجد في موات ونوى به المسجد صارت مسجدًا، ولم يحتج إلى صريح القول بأنه مسجد، قال في «الحاوي»: لأن الفعل مع النية يغنيان عن القول، ويزول ملكه عن الآلة بعد استقرارها في مواضعها من البناء، وهي قبل الاستقرار باقية على ملكه، إلا أن يصرح قولًا[٧]: إنها للمسجد؛ فتخرج عن ملكه، ولو بنى بعضه لم يجبر[٨] على التمام، ولو سقط على إنسان لم يضمنه، سواء أستأذن الإمام أم لا.

قال: **وإذا صح الوقف لزم** أي: ولا يفتقر إلى القبض كما صار إليه بعض العلماء، ولا إلى حكم حاكم كما صار إليه أبو حنيفة، ووجهه: ما ذكرناه في أول الباب من حديث عمر، رضي الله عنه.

ووجه التمسك به على الأول: أنه لما أمره - عليه السلام - بتحبيس الأصل

---

(١) في د: وإذا.
(٢) في ج: أول.
(٣) في ج: يبتغي جعلتها.
(٤) في ج: يأمن استعمال.
(٥) سقط في ج.
(٦) في ج: حاد.
(٧) في ج: بالقول.
(٨) في د: يجز.

وتسبيل الثمرة لم يأمره بالإقباض، ولو كان شرطًا لذكره، [و][(١)] لأنه جعل إليه التحبيس، وعند المخالف: لا يملك الواقف التحبيس؛ لأنه لا يصير موقوفًا لازمًا حتى يقبضه غيره، وذلك سبب من جهته.

ووجه التمسك [به][(٢)] على الثاني من وجهين:

أحدهما: أن النبي ﷺ أمره بأن يحبِّس الأصول، وعند المخالف لا يقع تحبيس الأصل بحال؛ لأنه لا يلزم إلا من جهة الحاكم.

والثاني: أن عمر - رضي الله عنه - لما جعلها صدقة، ثم ذكر أحكامها فقال: «لا تباع، ولا توهب، ولا تورث» - دل على أن هذه الأحكام تتعلق بها إذا صارت صدقة، وإن لم يحكم بها حاكم، ولأنه تصرف يلزم إذا وجد في حال المرض من الثلث؛ فجاز أن يلزم في حال الصحة من غير حاكم.

أصله: إذا بنى مسجدًا؛ فإنه يلزم من غير حاكم.

وقال بعض أصحابنا: إذا اعتبرنا القبول في الوقف فلا بد من القبض فيه، وهو ما أفهمه كلامه في «المهذب» في باب الوصية حيث قال في توجيه رد الوقف بعد القبول: [إنه تمليك من جهة الآدمي من غير بدل؛ فيصح رده قبل القبض؛ كالوقف وهو فيه متبع للماوردى كما ستعرفه][(٣)].

ثم قال: **وإن شرط فيه الخيار أو شرط أن يبيعه إذا شاء بطل**؛ لأنه إخراج مال على وجه القربة فلم يصح مع هذين الشرطين؛ كالصدقة والعتق، وحكى ابن سريج [وجهًا][(٤)]: أنه يبطل شرط البيع، ويصح أصل الوقف، كذا حكاه الماوردي، ويوافقه ما حكاه ابن كج عنه فيما إذا وقف على نفسه: أنه يصح الوقف ويلغى الشرط والإضافة إلى نفسه، وفي «الرافعي» أن ابن سريج أبدى ذلك احتمالًا لنفسه في الصورتين، وحكى في باب الهبة وجها[(٥)]: أن الوقف لا يبطل بسائر الشروط الفاسدة، مخرَّجًا عن مسألة العُمْرَى، كما ستقف عليه، إن شاء الله تعالى.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: وجهان.

وله وجه مما ذكرناه في أن الوقف يضاهي العتق، وحكاه عن الإمام في باب عقد الهدنة أيضًا، وحكى الجيلي عن «المجرد» وجهًا[(١)]: أن خيار الشرط يصح.

قال: **ولا يجوز أن يعلق ابتداؤه على شرط، فإن علقه على شرط** أي: مثل أن قال: إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته على الفقراء، وإذا جاء رأس الشهر فقد وقفته على ولدى ثم على الفقراء.

قال: **بطل**؛ لأنه عقد يقتضي نقل المال في الحال لم يُبْنَ على التغليب والسِّراية؛ فلم[(٢)] يصح تعليقه على شرط؛ كالبيع والهبة، وهذا ما حكى[(٣)] الإمام والغزالي عن العراقيين القطع به؛ لأنه لم يوافق مصلحة الوقف، بخلاف المنقطع الابتداء.

وحكى الإمام في موضع آخر عن بعض المراوزة تخريجه على الخلاف المذكور فيما إذا وقف على من سيوجد من أولاده، ثم على الفقراء، وهو المنقطع الابتداء، وأن التصريح أولى بالفساد، وعلى هذا يكون حكمه كما تقدم.

وقال القاضي الحسين في «تعليقه»: إن وجه الصحة مبني على أن الوقف لا يثبت بالشاهد واليمين؛ فيكون شبيهًا بالعتق، والعتق يصح تعليقه.

ويقرب[(٤)] منه ما حكى الإمام عن شيخه أنه قال: وقعت في «الفتاوى» مسألة في زمان الأستاذ أبي إسحاق، وهي أن من قال: وقفت داري هذه على المساكين بعد موتي، فأفتى الأستاذ بأن الوقف يقع بعد الموت وقوع العتق في المُدَبَّر. وساعَدَهُ أئمةُ الزمان.

قال الإمام: وهو تعليق على التحقيق، بل هو زائد عليه؛ فإنه إيقاع تصرف[(٥)] بعد الموت.

فإن قيل: قد تقدم في [باب][(٦)] الوكالة أنه [لو][(٧)] قال: جاء رأس الشهر فقد وكلتك، لم يصح؛ لأن هذا تعليق الوكالة، وهو غير جائز.

---

(١) في جـ: وجهان.
(٢) في جـ: ولم.
(٣) في د: حكاه.
(٤) في د: ويعرف.
(٥) في جـ: يصرف.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في جـ.

ولو قال: وكلتك بأن تبيع مالي أو تطلق زوجتي بعد شهر، صح؛ لأنه ليس بتعليق، وذلك يدل على الفرق بين اللفظين.

قلت: تصوير الإمام التوكيل في الحال وتعليق التصرف على شرط - كما ذكرناه في باب الوكالة يُنجي[(١)] من هذا السؤال.

وقد حكى الرافعي عن «فتاوى» القفال في «الفتاوى» في المسألة التي أفتى فيها الأستاذ: أنه لو أوصى بالدار بعد ذلك كان رجوعًا[(٢)].

قال: **وإن عُلق انتهاؤه** على شرط **بأن قال: وقفت هذا إلى سنة** أي: وذكر مصرفًا صحيحًا **بطل** الوقف **في أحد القولين**؛ لأنه إخراج مال عن ملكه[(٣)] على وجه القربة فلم يصح[(٤)] إلى مدة؛ كالعتق والصدقة، لكن العتق نافذ والصدقة، وهذان باطلان، وهذا ما حكاه في «المهذب» لا غير.

وقال الإمام: إنه المذهب الذي عليه الفتوى وإن صححنا الوقف المنقطع الآخر، فإن تصحيح ذلك يقرب من التأبيد؛ نظرًا [إلى الموقوف][(٥)] عليه وتشبيهًا بالنكاح، وأما التصريح بالتأقيت فلا اتجاه له.

قال: **ويصح في الآخر، ويصرف [بعد السنة][(٦)] إلى أقرب الناس [إلى الواقف][(٧)]**؛ تشبيهًا له بالمنقطع الانتهاء، وقد ادعى الجيلي أنه الأصح في أكثر

---

(١) في جـ: يجيء.

(٢) قوله: ووقعت في الفتاوى مسألة في زمن الأستاذ أبي إسحاق: وهي أن من قال: وقفت داري هذه على المساكين بعد موتي، فأفتى الأستاذ: بأن الوقف يقع بعد الموت وقوع العتق في المدبر.
ثم قال: وقد حكى الرافعي عن فتاوى القفال في المسألة التي أفتى فيها الأستاذ: أنه لو أوصى بالدار بعد ذلك، كان رجوعًا. انتهى كلامه.
وما حكاه من التمثيل بالإيصاء لم يذكره الرافعي، ولا يصح التمثيل به أيضًا؛ لأن مجرد الإيصاء لا يقتضي الرجوع، وإنما يقتضي الشراء على المشهور، وإنما حكى الرافعي عن القفال تمسك ذلك بالعرض على البيع، واعلم أن كلام النووي في الروضة هنا غير مستقيم، فتفطن لذلك، وقد أوضحته في المهمات، فراجعه إن شئت. [أ و].

(٣) في جـ: مملكه.

(٤) في جـ: يجز.

(٥) في جـ: للموقوف.

(٦) سقط في جـ.

(٧) في جـ: بالواقف.

الكتب، وعلى هذا تجيء التفاريع السابقة.

وعن بعض الأصحاب: أنه يصح وينتهي الوقف بانتهاء المدة، كما قلنا في الوقف المنقطع الانتهاء.

قال الإمام: [وهذا][(١)] لا يحل الاعتداد به، ولا يسوغ إلحاقه بالوجوه الضعيفة؛ فإنه[(٢)] في التحقيق عارية، والعارية يستحيل الحكم بلزومها.

ومنهم من قال: الوقف الذي لا يشترط فيه القبول لا يفسد بالتأقيت على أحد الوجهين، ويتأبد على أحد الوجهين، و الذي يشترط فيه القبول على رأي بعض الأصحاب الأصح [فيه][(٣)] أنه يفسد بالشرط الفاسد في العقود المفتقرة إلى الإيجاب والقبول، وما هو من قبيل التحرير كالمساجد والمقابر فلا يفسد بفساد الشرط والتأقيت جزمًا، وما عداه مُطَّرح، كذا قاله الإمام في موضع، وعليه جرى في «الوسيط»، ولو شرط أن يعود الوقف إليه بعد السنة ملكًا فعن البويطي: أنه على قولين؛ أخذًا[(٤)] من مسألة العُمْرى والمذهب البطلان، وعلى قول الصحة يتأبد حكمه كحكم الوقف المنقطع الانتهاء.

وقيل: يعود إليه ملكًا بعد السنة، صرح به في «الإبانة» وغيرها.

قال: **وينتقل الملك في الرقبة بالوقف عن الواقف في ظاهر المذهب**؛ لأنه سبب يقطع تصرف الواقف في الرقبة بالوقف[(٥)]؛ فأزال الملك كالعتق، وهذا أصح في الطرق، وعليه فلمن ينتقل؟

قال الشيخ: **فقيل: ينتقل إلى الله تعالى**؛ لأنه معنًى يزيل الملك، ولا يقصد به الانتفاع بالرقبة؛ فانتقل إلى الله تعالى، كالعتق، وهذا ما نص عليه هاهنا.

قال: **وقيل إلى الموقوف عليه**؛ لأن ما أزال الملك عن العين لم يزل المالية نقله إلى الآدمي؛ كالصدقة، وهذا لم يذكره البندنيجي والمصنف في «المهذب»، وأورده القاضي أبو الطيب وغيره، وهو مأخوذ من قول الشافعي - رضي الله عنه - في

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: وإنه.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: أحدهما.
(٥) في د: والمنفعة.

الشهادات: أقضي في الوقف[١] بالشاهد واليمين، ولا أقضى في العتق بشاهد ويمين، والقائلون بالأول قالوا: [قبول][٢] الشاهد واليمين فيه ليس لأجل أن الملك في الرقبة قد انتقل إلى الموقوف عليه؛ بل لأن المقصود منه المال، وما كان مالًا أو المقصود منه المال ثبت بالشاهد واليمين، وليس كذلك العتق؛ لأنه ليس بمال ولا المقصود[٣] منه المال؛ فلا يدخل فيه الشاهد واليمين، على أن بعضهم منع ثبوت الوقف بالشاهد واليمين.

قال: وقيل: فيه قولان، ووجههما: ما ذكرناه، وهذا أظهر الطرق، وعليه أكثر الأصحاب كما حكاه في «البحر»، والصحيح عند الجمهور - وإن ثبت الخلاف -: انتقاله إلى الله تعالى، وفي «الحاوي» تضعيف خلافه.

ومقابل ظاهر المذهب قولٌ حكاه الفوراني والقاضي الحسين والإمام عن رواية بعض الأصحاب: أن الملك لا ينتقل، بل يبقى على ملك الواقف؛ لأنه حبَّس[٤] الأصل وسبَّل[٥] الثمرة، وذلك لا يوجب زوال الملك - أيضًا - وقد[٦] قال - عليه السلام-: «إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ، صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ...»[٧] الحديث، وإنما يحصل له الثواب إذا كانت الرقبة باقية على ملكه؛ فتحصل له الزوائد والفوائد، ثم تصرف من[٨] ملكه في وجوه البر، فيحصل الثواب.

وحكى في «الحلية»[٩] عن بعض الأصحاب القطع به، وبه قال القاضي الحسين في «تعليقه»، وهذا لا يوجد للشافعي - رضي الله عنه - وكذلك البندنيجي أيضًا: أنه لا يعرف مذهبًا للشافعي، رضي الله عنه.

وفي «الحاوي»: أن القائل به أبو حفص بن الوكيل، وادعى القاضي أبو الطيب والمتولي أن ابن سريج خرَّجه، وكذلك الرافعي قال: إنه مخرج من نص الشافعي[١٠]

---

(١) في جـ: الموقف.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في د: القصد.
(٤) في جـ: حبيس.
(٥) في جـ: وسبيل.
(٦) في د: فقد.
(٧) تقدم تخريجه.
(٨) في د: فيمن.
(٩) في جـ: الجاهلية.
(١٠) في جـ: للشافعي.

- رضي الله عنه - على صحة الوقف المنقطع، وأنه[١] يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، وأنه يحكي عن اختيار القاضي الحسين، وأشار إلى المتولي فإنه[٢] حكى ذلك [عنه][٣]، و الذي رأيته في «تعليقه»: تضعيفه، وكذلك هو في غيره، وتمسك فيه الماوردي بأمرين:

أحدهما: إجماعهم على الفرق بين الوقف والعواريِّ، دليلٌ على زوال الملك بالوقف وإن لم يزل بالعواري.

والثاني: أن حكم الوقف بعد موت واقفه كحكمه في حياة واقفه، وهو لا يبقى له بعد الموت ملك؛ فدل على أنه لم يكن له في حال الحياة ملك.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون الوقف على معين أو على جهة عامة [كالمساكين][٤] إذا كان القصد تمليك ما يحصل من الوقف من ثمرة وغَلَّة [للمساكين][٥].

وفي «الوجيز» ما يخرج [منه][٦] طريقة أخرى، وهي[٧] أن الوقف إن كان على معين فهو ملك للموقوف عليه بلا خلاف، وإن كان على جهة عامة فالملك لله تعالى بلا خلاف.

وفي «الحاوي» حكاية الخلاف في الوقف على معين، والجزم بأنه ينتقل إلى الله تعالى في الجهة العامة، أما ما لا يقصد به تمليك الرَّيْع كجعل[٨] البقعة مسجدًا أو مقبرة فذاك فكٌّ عن الملك كتحرير الرقيق؛ فينقطع عنها اختصاص الآدميين، وليس ذلك موضع الخلاف. ويلتحق بذلك - كما[٩] حكاه الإمام-: الرباطات والمدارس.

واعلم أن الموجود في أكثر نسخ «التنبيه»: «وينتقل الملك في الرقبة بالوقف عن الواقف في ظاهر المذهب، وقيل: إلى الله» بالواو، والمضبوط عن نسخة المصنف بالفاء كما ذكرناه، وهو الصواب، وبه ينتظم الكلام.

---

(١) في جـ: به.
(٢) في جـ: وأنه.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في د: وهو.
(٨) في جـ: بجعل.
(٩) في جـ: ما.

قال: **ويملك الموقوف عليه غلة**[(١)] **الوقف** أي: من ثمره وأغصانٍ[(٢)] جرت العادة بقطعها كشجر[(٣)] الخِلَاف.

قال: **ومنفعته وصوفه ولبنه** أي: وإن قلنا: إن الملك في الرقبة إلى الله تعالى أو للواقف؛ لأنه ليس مقصود الواقف إلا التقرب إلى الله - [عز وجل][(٤)] - بذلك.

قال المتولي: ولأنها لو لم تملك لصارت العين معطلة مُسَيَّبة[(٥)]، وقد قال الله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ﴾ [المائدة: ١٠٣].

والسائبة - كما قال القاضي أبو الطيب-: أن تلد الناقة عشر بطون كلها إناث، فتُسَيَّب ولا تُحْلَب إلا للضيف، ولا تُرْكب.

والبحيرة: ولدها الحادي عشر إذا[(٦)] كان أنثى، وسمي بذلك؛ لأنهم يبحرون أذنها، أي يشقونها، والبحر[(٧)]: الشَّقُّ.

والوصيلة: الشاة تلد خمس بطون، في كل بطن عناقان، فإذا ولدت بطنًا سادسًا قالوا: أوصلت أخاها. فما ولدت بعد ذلك يكون حلالًا[(٨)] للذكور حرامًا[(٩)] على الإناث.

والحام: الفحل ينتج من ظهره عشر بطون، فيُسَيَّب، ويقال: حمى ظهره؛ فلا[(١٠)] يركب.

وإذا ثبت أن ذلك مملوك[(١١)] للموقوف عليه كان له أن يستوفيه بنفسه وبالإجارة والإعارة إذا أمكنت كسائر الأملاك، كما صرح به المتولي، اللهم إلا أن يكون الوقف على أن ينتفع به، كما إذا وقف دارًا على أن يسكنها من يعلِّم الصبيان في هذه القرية؛ فإنه ليس له أن يسكنها غيره بأجرة وبدونها، وكذا إذا وقفها على معين، على المذهب المقطوع به.

---

(١) في جـ: علة.
(٢) زاد في جـ: شجرة.
(٣) في جـ: كجر.
(٤) في جـ: تعالى.
(٥) في جـ: مسئية، د: بسببه.
(٦) في جـ: وإذا.
(٧) في جـ: التبحر.
(٨) في د: حالًا.
(٩) في د: حرمًا.
(١٠) في د: فكان لا.
(١١) في جـ: ملك.

وذهب بعض الأصحاب في هذه الصورة[١] - كما حكاه الإمام - إلى أن الشرط فاسد، وهل يفسد الوقف؟ فيه وجهان، فإن صح كان على حكم الإطلاق.

ولو كان الواقف شرط[٢] أن يستغل ويصرف [غلته إلى فلان][٣]، فإنه يتعين الاستغلال، ولا يجوز [له][٤] أن يسكنه.

وما ذكرناه [من اللبن][٥] والصوف، وكذا في النتاج - على ما سيأتي - مفروضٌ فيما إذا أطلق الوقف أو شرط ذلك للموقوف عليه، أما إذا[٦] وقف دابة على [ركوب][٧] إنسان ولم يشترط [له][٨] الدَّرَّ والنَّسْل، ففي «النهاية»: أن من أصحابنا من قال: تخصيص الوقف ببعض المنافع يفسده، ومنهم من قال: الشرط يفسد، والوقف يَعُمُّ.

وفي «الإبانة»: أنه لو وقف[٩] دابة على رجل للركوب، ولم يجعل درها ووَبَرها للموقوف عليه - فللموقوف عليه الركوب وليس له الدَّر والوبر، وحكم الدّر والوبر حكم ما لو وقف شيئًا على زيد ولم يقل بعده على من، ومات زيد.

وفي «الرافعي»: أن صاحب «التهذيب» قال ينبغي أن تكون للواقف. وهذا أوجه؛ لأن النسل والدّر لا يصرف لهما أولًا ولا آخرًا؛ بل هما غير داخلَيْن في الوقف، ونَظَّر جواز الوقف ببعض الفوائد والمنافع خاصةً بما إذا وُقِفَ ثور للإنزاء، وقد قالوا: إنه جائز، ولا يجوز استعماله في الحراثة، ولا خلاف أنه [لو][١٠] جعل الركوب لشخص والصوف لآخر جاز، وصرح به الإمام.

قال: **وإن كانت جارية لم يملك وطأها:** إما لانتفاء الملك، أو لنقصه لا بوطء سابق، والوطء لا يباح إلا بزوجية [أو ملك][١١] تام، وبالقيد الأخير[١٢] يخرج وطء أم الولد؛ لأن نقصان الملك فيها حصل بالوطء السابق، ولا يلزم جواز وطء العبد الجارية التي مَلَّكها له السيد بإذنه على [القديم][١٣]؛ لأن الملك ثَمَّ غيرُ ناقص،

---

(١) زاد في د: أي.
(٢) في جـ: اشترط.
(٣) في جـ: عليه.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في د: في الدَّر.
(٦) في د: لو.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في جـ.
(٩) زاد في د: على.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) في جـ: أم تملك.
(١٢) في جـ: الآخر.
(١٣) سقط في جـ.

وإنما[١] الناقص المالك، وهي كجارية المجنون يطؤها ولا يتصرف فيها لنقصانه، فلو وطئها فلا[٢] حد [عليه][٣] للشبهة، وكذا لا مهر؛ فإنه لو وجب لوجب له، فلو أحبلها فالولد حُرٌّ على كل قول، كما صرح به ابن الصباغ والقاضي أبو الطيب والبندنيجي، والروياني وقال: إن هذا على القولين معًا. أي قولنا: إن الملك لله تعالى، أو للموقوف عليه، وقال الرافعي: الأصح: أن ذلك ينبني على أقوال الملك، فإن[٤] قلنا: إن الملك له، فلا حد عليه، وإلا فعليه الحد، ولا عبرة بملك[٥] المنفعة؛ كما لو وطئ الموصَى له بالمنفعةِ الجاريةَ. وهذه طريقة المتولي واختارها القاضي الحسين بعد أن قال: [قال][٦] أصحابنا: لا حد عليه. وما ذكره الرافعي في الأمة الموصى بمنفعتها يفهم أنه لا خلاف في وجوب الحد عليها[٧]، وليس كذلك؛ بل[٨] الصحيح عنده - وبه جزم بعضهم، كما ستقف عليه في باب الوصية-: أنه لا حد عليها[٩] أيضًا.

ثم قال الرافعي: ولا يجب عليه المهر بكل حال، وإن أحبلها، فإن أوجبنا الحد فهو كولدها من غيره - وسيأتي حكمه - وإن لم نوجبه فهو حر. وهل يغرم قيمته؟ ينبني على أنه [يكون][١٠] موقوفًا أم لا؟ فإن قلنا بالأول غرم إذا قلنا: إن الموقوف إذا أتلف [اشترى][١١] بقيمته ما يقوم مقامه، وإلا فلا غرم، وهل تصير الجارية أم ولد [له][١٢]؟

ينظر: إن قلنا: لا ملك له، فلا.

[وإن][١٣] قلنا: إن الملك له، صارت أم ولد له، جزم به ابن الصباغ.

وقال القاضي الحسين: على الظاهر من المذهب.

وقال في «الوسيط»: على الأصح.

وإيراد الماوردي يقتضي ترجيح خلافه؛ فإنه حكى: أنها لا تصير أم ولد، ثم قال: وكان بعض أصحابنا يجعلها أم ولد له، وإن كان لا ينفذ إعتاقه؛ لأن حكم الاستيلاد

(١) في جـ: بل.
(٢) في جـ: ولا.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: وإن.
(٥) في د: بتلك.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في د: فيها.
(٨) في د: على.
(٩) في د: عليه.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) سقط في جـ.
(١٣) سقط في جـ.

أقوى لكونه يثبت بغير الاختيار.

وقد حكى غيره الوجه في نفوذ[(١)] إعتاقه.

ثم إذا جعلناها أم ولد عَتَقَتْ بموته، وتؤخذ قيمتها من تركته بلا خلاف، كما قاله البندنيجي والماوردي والمحاملي، والقاضيان أبو الطيب والحسين، وتصرف إلى[(٢)] ثمن جارية تكون وقفًا على قولٍ، وعلى قول تصرف إلى البطن الثاني؛ لأن حالةَ استحقاق القيمة يكون الوقف منتقلًا إليهم[(٣)]، ويكون حكمها[(٤)] كما لو قتل الموقوف [عليه][(٥)]، وسيأتي.

وحكم الواقف في امتناع الوطء - وإن قلنا: إن الملك له - حكم الموقوف عليه، بل من طريق الأولى؛ لأن المنفعة ليست له، وإذا وطئ وقلنا: لا ملك له، وانتفت الشبهة - وجب عليه الحد، والولد رقيق، ولا تكون الجارية أم ولد، وإن قلنا: الملك له، فلا حد، وإن أتت بولد فهو حر، وفي نفوذ الاستيلاد الخلاف في استيلاد الراهن؛ لتعلق حق الموقوف عليه بها، وهاهنا أولى بالمنع، وهو الذي حكاه في «الحاوي»، وكذلك في «البحر» ونسب [غيره][(٦)] إلى الخراسانيين وقال: [إن][(٧)] غيره ليس بشيء، والمهر لازم بكل حال.

ولو كان الوطء بشبهة فالولد حر، وعليه قيمته، ولمن تكون؟ فيه الخلاف الآتي، وتصير أم ولد إن ملَّكناه على رأيٍ؛ فتعتق بموته، وتؤخذ قيمتها من تركته، وفيما يفعل بها الخلاف الآتي.

واعلم أن كلام الأصحاب يقتضي: أنا إذا حكمنا بكون الجارية الموقوفة أم ولد عند استيلاد الموقوف عليه لا نحكم ببطلان الوقف قبل موته، وكذلك جزموا بأخذ القيمة من تركته.

وقال الماوردي: إنها لو كانت في حياة المستولِد لا غرم عليه؛ لأن الوقف باق

---

(١) في جـ: ثبوت.
(٢) في جـ: في.
(٣) في جـ: لهم.
(٤) زاد في د: الحكم.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في جـ.

لبقاء رقها، وكذلك قالوا فيما إذا حكمنا بكونها أم ولد للواقف إذا استولدها؛ تفريعًا على أن الملك له.

وحكى الإمام [عن الأصحاب](١) في هذه الصورة: أن بطلان الوقف بعد حكمنا بالاستيلاد يخرج على أن المستولَدة هل يصح وقفها ابتداء أم لا؟

فإن حكمنا بصحته بقى(٢) الوقف فيها مع ثبوت الاستيلاد. ثم حكى عن الأصحاب [أنهم قالوا](٣) في الصورة الأولى: إن بقاء الوقف(٤) يخرج على هذا الخلاف، واعترض عليه بأنا لا نثبت الاستيلاد في الموقوفة للموقوف عليه إلا بتقدير نقل الملك إليه بالكلية، مع إثبات الملك الذي أفاده الوقف، ومساقُهُ يوجب إحلالها، فإذا حلت فليس هذا من جنس الملك الذي كان بسبب الوقف، قيل: فكيف تكون له مملوكة بالوقف ومنتقلة إليه بالاستيلاد؟!

وهذا تناقض لا سبيل إلى التزامه، وليس هذا مما(٥) إذا وقع التفريع على أن الملك للواقف وقد استولد؛ فإنه إذا كان يقف مستولدته ابتداء فلا يمنع بقاء الوقف مع الاستيلاد انتهاءً، وكل واقف إنما يقف خالص ملكه؛ فيلزم من ثبوت الاستيلاد في حق الموقوف عليه بطلان الوقف، ولا ينقدح سواه، ومن قال من أصحابنا ببقاء الوقف مع ثبوت الاستيلاد يلزمه ألا يبيح المستولدة للموقوف عليه، وهذا خَبْطٌ عظيم، ثم إذا حكمنا ببطلان الوقف باستيلاد الواقف أو الموقوف عليه كان الاستيلاد بمثابة استهلاك الوقف، [وسيأتي](٦). انتهى.

وهذا خلاف ما ذكره العراقيون والقاضي الحسين والمتولي وغيرهم، والمُحْوِج إليه تقديرُ انتقال ملك مستجد(٧) للموقوف عليه، ولا ضرورة بنا إليه؛ لأنا حكمنا بكونها أم ولد لأجل الملك الحاصل له بسبب الوقف، لا بتقدير ملك غيره، والله أعلم.

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: ففي.
(٣) سقط في ج.
(٤) في ج: الملك.
(٥) في د: كما.
(٦) سقط في ج.
(٧) في ج: مسجد.

فرع: إذا أعتق الواقف العبد الموقوف، وقلنا: إن الملك له، لم ينفذ على الأصح، وعلى مقابله وجهان:

أحدهما: تؤخذ قيمته ويشترى بها عبد مكانه.

والثاني: لا، بل يعتق، وتبقى منفعته للموقوف عليه؛ كما لو[١] أوصى برقبة عبد لإنسان وبمنفعته لآخر، ثم أعتقه الموصي له بالرقبة - ينفذ عتقه، وتبقى منفعته للموصى [إليه بها][٢]، كذا قاله القاضي الحسين، وأجرى الخلاف في نفوذ عتقه فيما إذا أعتقه الموقوف عليه، وقلنا: [إن][٣] الملك له.

قال: **وفي التزويج ثلاثة أوجه:**

أحدهما: لا يجوز بحال؛ لأنه ينقص قيمتها ومنفعتها، وربما تتلف بالولادة، وفي ذلك إضرار بمن يأتي، و[هذا][٤] هو الأصح[٥] في «تعليق» القاضي الحسين، و[قد][٦] قال في «البحر»: كذا قال عامة الأصحاب[٧]، والصحيح في غيرهما خلافه؛ لما في ذلك من تحصينها[٨].

والثاني: يجوز للموقوف عليه لأنه عقد على منفعتها فأشبه الإجارة، وهذا بناء على قولنا: الملك له، ولا يحتاج إلى إذن الحاكم.

والثالث: يجوز للحاكم [أي: بإذن][٩] الموقوف عليه؛ لتعلق حقه بها، وهذا بناء على قولنا: الملك لله تعالى، وهو المختار في «المرشد»، وفي المسألة قول آخر: أنه يجوز للواقف إذا قلنا: الملك له، ويستأذن الموقوف عليه، وهذا جواب المعظم، وفي «الوسيط»: أن السلطان إذا زوج هل يستشير الموقوف عليه، [وفي أنه هل يستشير الواقف ويلزم مثله في استشارة الواقف إذا زَوَّجَ الموقوف عليه][١٠]، وقد صرح به مجلي.

وفي «الحاوي»: أن ولاية التزويج للوالي على الوقف، سواء كان أجنبيًّا، أو

---

(١) في جـ: إذا.
(٢) في د: له.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: الأظهر.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: أصحابنا.
(٨) في جـ: تخصيصها.
(٩) في جـ: أن يأذن.
(١٠) سقط في د.

الواقف، أو الموقوف عليه، أو الحاكم[(١)]، وبه جزم.

فرع: لا يجوز للموقوف عليه أن يتزوجها إن قلنا: [لا ملك][(٢)] له، وإن قلنا: [الملك له][(٣)]، فقد قيل بجوازه، وهو ما جزم به الإمام، وصاحب «الوسيط»، وفي «الرافعي»: أن الظاهر المنع.

ثم على قولنا بامتناع التزويج بناء على أن الملك له: لو تزوج بأمة[(٤)]، ثم وقفها سيدها عليه فهل[(٥)] ينفسخ النكاح؟ فيه وجهان قربهما الإمام مما إذا ملك الابن زوجة أبيه، والمكاتب زوجة سيده، مع أنهما ممنوعان من التزويج ابتداء.

قال: وإن وطئت أي: بشبهة أو مكرهة أخذ الموقوف عليه المهر؛ لأنه بدل منفعتها، وهكذا الحكم إذا زُوِّجت، وادعى القاضي الحسين فيه نفي الخلاف، وفي «الحلية» [في الأولى][(٦)] ثلاثة أوجه، هذا أحدها، ولم يُبِنْ ما عداه، ولم أره[(٧)] في غيره.

قال مجلي: ويحتمل أن يكون الآخران:

أحدهما: يُشترى به عبد، ويكون وقفًا.

والثاني: يكون للواقف كما جعلنا التزويج إليه على قولٍ.

قلت: ويظهر فيهما شيء آخر إن صح النقل، وهو أن يقال: الوقف إنما يقتضي تمليك المنافع المعتادة كما قلنا: إذا أوصى له بمنفعةِ جاريةٍ لا يملك الموصَى له منفعة البُضْع على وجه؛ لأن الوصية إنما تقع بالمنافع المعتادة، ومنفعة البضع ليست[(٨)] منها، وإذا كان كذلك؛ فيكون بمنزلة ما إذا وقف دابة[(٩)] لاستيفاء بعض منافعها، وسكت عن باقيها، وقد تقدم ذكر ذلك[(١٠)].

---

(١) زاد في جـ: به.
(٢) في د: إن الملك.
(٣) في د: لا ملك له.
(٤) في د: بأمته.
(٥) في جـ: هل.
(٦) في جـ: للأولى.
(٧) في جـ: أجده، د: أراهما.
(٨) في جـ: ليس.
(٩) في جـ: رأبة.
(١٠) قوله: وإن وطئت الموقوفة بشبهة أو مكرهة، أخذ الموقوف عليه المهر؛ لأنه بدل منفعتها، وهكذا الحكم إذا زوجت، وحكى في الحلية في صورة الشبهة ثلاثة أوجه:
أحدها هذا، ولم يبين ما عداه.
قال مجلي في الذخائر: ويحتمل أن يكون الثاني أنه يُشترى به عبد، ويكون وقفًا.
=

قال: **وإن أتت بولد** أي: من نكاح أو زنى **فقد قيل: يملكه الموقوف عليه ملكًا [يملك التصرف]**(١) **فيه بالبيع وغيره**؛ لأنه نما الوقف فأشبه الثمرة، وهذا أظهر في «الرافعي»، واختاره(٢) في «المرشد»، **وقيل: هو وقف كالأم**؛ لأن كل حكم يثبت(٣) لأم لأمرٍ ما يثبت لولدها تبعًا؛ لحرمة الاستيلاد، وهذا أصح في «الجيلي»، وهكذا(٤) الحكم فيما لو وقف شاة أو غيرها فنُتِجَتْ ففي ولدها الوجهان، وجزم(٥) أبو الفرج السرخسي بالوجه الأول في النعم؛ لأن المطلوب منها الدَّرُّ والنَّسْل، وذكر الوجهين في ولد الفرس والحمار، وحكى وجهًا ضعيفًا: أنه لا حق فيه للموقوف عليه، بل يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، إلا إذا صرح بخلافه، وقد صرح به الماوردي، في ولد الجارية ونسبه إلى ابن أبي هريرة.

وهذا كله في الولد الحادث بعد الوقف، أما إذا كان موجودًا حال الوقف، فإن قلنا:

= والثالث: يكون للواقف، كما جعلنا التزويج إليه على قول.
قلت: ويظهر فيها شيء آخر، إن صح النقل وهو: أن منفعة البضع لا تدخل على وجه؛ لكونها غير معتادة، كما قلنا في الموصي بمنفعته، وحينئذ فيكون كوقف دابة لاستيفاء بعض منافعها؛ كالركوب مثلًا وسكت عن الثاني، وصححناه، فإن الباقي يبقى للواقف على وجه، ورجحه الرافعي، ويستحقه أقرب الناس إلى الواقف على وجه آخر. انتهى ملخصًا.
وما ذكره هو وصاحب الذخائر عجيب، فإن كلام الشاشي في الحلية مشتمل على بيان الثلاثة، فإنه حكى في الولد ثلاثة أوجه:
أحدها: أنه يملكه الموقوف عليه.
والثاني: يكون وقفًا كأمه.
والثالث: يأخذه أقرب الناس إلى الواقف، ثم قال عقبه من غير فاصل ما نصه: وحكى أيضًا في مهر الموقوفة إذا وطئت بشبهة، لمن يكون له المهر ثلاثة أوجه، هذه عبارته من غير زيادة عليه، وذلك إشارة إلى الأوجه السابقة المتصلة بالكلام، وذكر في المعتمد مثله أيضًا.
تنبيه: ذكر في الباب ألفاظًا منها: ابن جميل بجيم مفتوحة، وميم مكسورة بعدها. ومنها: الأعْتُد بعين مهملة، وتاء مضمومة مثناة من فوق، بعدها دال مهملة، يقال: فرس عتد -بفتح التاء وكسرها- أي: مُعَدٌّ للجري، لقوته وتمام خلقته، والعتاد: بفتح العين هو العدة، قاله الجوهري: فيجوز أن يكون الأعتُد جَمْعًا.
ومنها: العمارة والفصيلة، ذكرهما في الكلام على الأنساب والقبائل، فالعمارة بكسر العين المهملة، كالتي تقبض الحراب.
والفصيلة بفاء مفتوحة، وصاد مهملة مكسورة، بعدها ياء مثناة من تحت. [أ و].

(١) في د: يتصرف.
(٢) في جـ: واختياره.
(٣) في جـ: ثبتت.
(٤) في جـ: وهذا.
(٥) في جـ: فخرج.

الحادث يكون وقفًا، فهذا أولى، وإلا فوجهان بناء؛ على أن الحمل هل يعلم أم لا؟ وفي «الحاوي» أنا إذا قلنا: [إن][(١)] الحمل لا يعلم[(٢)] يكون للواقف، أما إذا وطئت بشبهة فعلى الواطئ قيمة الولد وهو[(٣)] للموقوف عليه، إن[(٤)] قلنا: ولد الزانية له، وإن قلنا: إنه يكون [وقفًا][(٥)] له، فوجهان حكاهما العراقيون والمراوزة:

أحدهما: أنهما للموقوف عليه - أيضًا - بناء على أن الموقوف إذا أتلف تكون قيمته له.

والثاني: يُشترى بها عبد يوقف مكانه.

قال القاضي الحسين: وكان الفرق على الأول بين القيمة والرقبة: أن الولد مما يجوز ابتداء وقفه، بخلاف القيمة.

قال **وإن أتلف** الموقوف **اشترى بقيمته ما يقوم مقامه**؛ مراعاة لغرض الواقف من استمرار الثواب، وتعلق [حق][(٦)] البطن الثاني وما بعده به، وهذا الطريق هو الأصح في «الشامل»، و«التتمة»، وبه قال ابن سريج[(٧)]، كما حكاه الفوراني والقاضي الحسين، واختاره[(٨)] الشيخ أبو حامد وصاحب «المرشد»، ولا فرق بين أن يكون المتلف أجنبيًّا أو الواقف أو الموقوف عليه.

قال: **وقيل إن قلنا: إن[(٩)] الملك للموقوف عليه، فهي له**؛ لأنها بدل ملكه فعلى هذا: إذا[(١٠)] كان المتلف الموقوف عليه فلا شيء عليه.

قال: **وإن قلنا: إنه لله[(١١)] تعالى، اشترى بها ما يقوم مقامه** أي: ويكون وقفًا؛ لأن القيمة بدل الرقبة وهي لله تعالى فلا يمكن صرفها للموقوف عليه ولا للواقف؛ فتعين صرفها لما ذكرناه، ومثل هذه الطريقة حكاها الفوراني وغيره من المراوزة فيما إذا قلنا: إن الملك للواقف، فعلى وجه: تكون القيمة له، فإن كان هو المتلف فلا شيء

---

(١) سقط في جـ.
(٢) زاد في جـ: ما.
(٣) في د: وهي.
(٤) في جـ: وإن.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: شريح.
(٨) في جـ: واختيار.
(٩) في التنبيه: إنه.
(١٠) في د: إن.
(١١) في د: إن الله.

عليه، وعلى وجه: يشترى بها ما يقوم مقامه ويكون وقفا.

وحكى في «البحر» عن بعض الأصحاب: أنه إذا أتلفه أجنبي أو الواقف كانت القيمة للموقوف عليه يتصرف فيها ويبطل حق الغير من غير بناء، وأن هذا أصح، وهو اختيار أبي حامد. وعلى هذا قال ابن الصباغ: عندي إذا كان الموقوف عبدًا، وقتله مكافئ له - كان له أن يقتص، وإن قلنا: إن القيمة ليست له، فذلك إلى الإمام. وهذا ما أورده المتولي، وزاد: أنا إذا قلنا: إنه لله تعالى، فهو كعبيد[(١)] بيت المال، والظاهر وجوب القصاص، وأطلق في «الحاوي» القول بمنع القصاص، لكن علته ترشد إلى [أن][(٢)] ذلك مبني على أن القيمة يشترى بها ما يقوم مقامه.

ولو لم يتلف الموقوف عليه بجملته، [لكنه أتلف][(٣)] بعضه، مثل: أن كان عبدًا فقطعت يده - فتؤخذ من الجاني نصف القيمة على الأصح، وفي مصرفه طريقان:

أحدهما: البناء على أقوال الملك.

والثاني: القطع بأنه يشتري به عبدًا [أو بعض عبد][(٤)] يكون وقفًا؛ كالأصل، فإن لم يمكن أن يشتري به بعض عبد فثلاثة أوجه:

أحدها: يستبقى على حاله تبعًا لأصله.

والثاني: يكون ملكًا للموقوف عليه.

والثالث: يُرد إلى أقرب الناس إلى الواقف كما قيل في الولد.

كذا حكاه الماوردي، وحكى عن بعض أصحابنا: أنه جعل الأرش[(٥)] وقفًا وإن أمكن السراية، ثم قال: وهذا لا وجه له؛ لأن وقف القيم[(٦)] والأروش لا يصح. وجزم بعدم استيفاء القصاص في الطرف، وإن كان القطع عمدًا من مكافئ.

وعن صاحب «التقريب» حكاية وجه: أن أرش الطرف يصرف للموقوف عليه على كل قول، وينزل منزلة المهر والأكساب.

تنبيه: في قول الشيخ: اشترى به ما يقوم مقامه، ما يعرفك أنه لا يحتاج بعد شرائه إلى وقفه، وهو وجه حكاه أبو العباس الروياني[(٧)] في «الجرجانيات»، مع وجه آخر

---

(١) في جـ: كعبد.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: لكن تلق.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: الأرض.
(٦) في جـ: الغنم.
(٧) في جـ: للروياني.

جزم به المتولي والإمام عند الكلام في جفاف الشجرة، وأشار إليه القاضي الحسين في «تعليقه»: أنه لا بد من إنشاء وقفه، وقال: إن الذي ينشئه[١] الحاكم.

قال الرافعي: ويشبه أن يقال: من يباشر الشراء يجدد[٢] الوقف، وقد اختلفوا فيمن يباشر الشراء:

قيل: إن قلنا إن الملك لله تعالى، فيشتريه الحاكم.

وإن قلنا: إنه للموقوف عليه، فهو المشتري[٣].

وإن قلنا: للواقف، فوجهان، وجه المنع: أنه لا يملك المنافع والفوائد، وفيه أيضًا ما يفهم [أنه][٤] لا يجوز إذا كان الموقوف عبدًا أن يشتري بدله جارية، وبالعكس كما صرح به غيره، وإن اختلفوا في أنه هل يجوز أن يُشترى عبد صغير بقيمة الكبير أو بالعكس، على وجهين.

فروع:

إذا خرج الموقوف عن أن يكون منتفعًا به على النعت[٥] الذي وقف عليه بفعل غير مضمون، نظر: فإن لم يبق منه شيء ينتفع به، كما إذا كان عبدًا فمات فقد فات الوقف، وإن بقي ما يمكن الانتفاع به نظر: فإن كان لا يمكن الانتفاع به إلا بذهاب عينه، كحُصُر المسجد الموقوفة إذا بَلِيَتْ[٦]، وجِذْعه المنكسر بحيث لا يصلح إلا للوقود، ونحاتة أخشابه في البخر، وأستار الكعبة إذا لم يبق فيها منفعة ولا جمال، ففيما يفعل بذلك وجهان حكاهما البندنيجي وغيره:

أحدهما: لا تباع؛ لأنها عين الوقف، بل تترك بحالها أبدًا؛ كما لو وقف أرضًا فخربت. وهذا بعيد عند الإمام لا اتجاه له، وقال القاضي أبو الطيب مرة: إنه لا يعرف غيره لأصحابنا، وقال[٧] مرة أخرى: إن فيه وجهين. كما حكاه في «البحر» عنه.

والثاني - وهو الأصح في «الرافعي» و«التهذيب» و«شرح» الشيخ أبي علي [السنجي][٨]، كما حكاه في «الزوائد» عن القفال [عنه، و][٩] قال الإمام: إنه الذي

---

(١) في ج: ينسبه.
(٢) في ج: يحدد.
(٣) في د: للمشتري.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ج: الوجه.
(٦) في د: تلفت.
(٧) زاد في د: إن.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في ج.

قال به الأئمة-: أنها تباع، وإلا فتَضِعْ[1] ويضيق المكان بها من غير فائدة، وعلى هذا تصرف في مصالح المسجد.

قال الرافعي: والقياس: أن يُشترى بثمن الحُصر حصرٌ، ولا يصرف لمصلحة أخرى.

وفي «البحر»: أن بعض أصحابنا قال في جذع المسجد ونحاتة أخشابه إذا طُبِخَ للمسجد جِصٌّ وما يتعلق بمصلحته جاز أن يوقد تحته، فأما بيعه فلا يجوز.

وإن أمكن أن ينتفع به مع بقاء عينه في منفعة أخرى بأن[2] كان الجذع يمكن أن يتخذ منه باب أو[3] ألواح، قال في «التتمة»: يجتهد الحاكم ويستعمله فيما هو أقرب إلى مقصود الواقف، وإن كان شجرة فجفت أو[4] قلعها الريح فحاصل ما ذكر في ذلك أربعة أوجه:

أضعفها: أن الوقف ينقطع كما لو مات العبد، ويعود الحطب ملكًا للواقف.

والثاني - وهو أقرب من الأول-: أنها تعود ملكًا للموقوف عليه.

والثالث: يباع، لتعذر الانتفاع به بشرط[5] الواقف[6]، وهذا ما اختاره في «المرشد»، وما يصنع بثمنه فيه الخلاف السابق في قيمة ما أتلف من الوقف، و[قد][7] صدر البندنيجي كلامه [هنا][8] بأنها تصرف للموقوف عليه، ثم قال: والأولى أن يقال: يشتري بها ما يقوم مقامها[9]؛ وهو اختيار[10] صاحب «المرشد».

والرابع: وهو الأصح-: لا يباع ولا ينتقل ملكًا لأحد، بل ينتفع بإجارته[11] جِذْعًا إن لم يكن في استيفاء منفعته استهلاكه[12]، وإن كان فالأصح: أنها تكون للموقوف عليه.

وزَمَانة العبد الموقوف، قال الرافعي: كجفاف الشجرة.

وفي «البحر» حكاية عن القاضي أبي الطيب: أن بيعه لا يجوز، ولا يختلف أصحابنا فيه.

---

(١) في ج: فيضيع، د: فتضيع.
(٢) في د: فإن.
(٣) في د: و.
(٤) في ج: و.
(٥) في د: لشرط.
(٦) في ج: الوقف.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في ج.
(٩) في د: وقفا مكانها.
(١٠) في د: ما أختاره فيه.
(١١) زاد في ج، د: جِزْعًا.
(١٢) في ج: استهلاك.

وفي «الحاوي»: الجزم بجواز بيع الدابة الموقوفة عند زمانتها، وأنه يستبدل بثمنها؛ لأن للدابة مؤنة إن التُزِمَتْ[١] أَجْحَفَتْ.

وقال: يحتمل [عندي][٢] في العبد [الموقوف][٣] وجه: أنه يجوز بيعه؛ قياسًا على الدابة، وهو موافق لما جزم به فيما إذا جنى العبد الموقوف عمدًا في طرف [واقتص منه؛ حيث قال: إن بطلت منافعه بيع، واشترى به عبد نافع يكون وقفًا مكانه؛ كالبعير إذا عطب][٤].

وإشراف الدار على الانهدام[٥]، والجذع على الانكسار[٦]: هل يجوز بيعه؟ قال الرافعي: فيه الخلاف. يعني الخلاف الذي في الحصر إذا بَلِيَتْ، وهذا يقتضي أن يكون الصحيح عنده الصحة أيضًا، وينبغي أن يكون هذا مفرَّعًا على جواز البيع [إذا انكسر][٧] الجذع، أما إذا منعنا ثَمَّ فهاهنا[٨] أولى، وقد حكى الإمام عن الأكثرين منع بيع الدار، ثم إذا جوزنا البيع كان في مصرف الثمن الخلاف في قيمة ما أتلف، وصحح الإمام طريقة صرف الثمن إلى جهة الوقف، وقال فيما عداها[٩]: إنه لا أصل له في هذا المقام.

[وإذا قلنا][١٠] بأنه يكون للموقوف عليه، فقال[١١]: لا تبيعوها وأَقِلُّوها[١٢] إلى ملكي - فالمذهب[١٣]: أنه لا يجاب، بل ارتفاع الوقف على هذا موقوف على البيع، وأبعد بعض الأصحاب فأجابه، وزعم أنه ينقلب ملكًا من غير عقد وقول.

قال الإمام: وهذا في غاية[١٤] الضعف.

ولو كان الموقوف حيوانًا مأكولًا وانتهى إلى حالة يقطع بموته إن[١٥] لم يذبح، قال في «التتمة»: يجوز ذبحه للضرورة، وهل يباع لحمه ويشترى به ما يقوم مقام

---

(١) في جـ: ألزمت.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: الهدم.
(٦) في جـ: الكسر.
(٧) في جـ: بعد انكسار.
(٨) في جـ: هاهنا.
(٩) في جـ: عدلها.
(١٠) في د: فإن قيل.
(١١) في د: فلو قال.
(١٢) في د: وأقلبوها.
(١٣) في جـ: والمذهب.
(١٤) في د: نهاية.
(١٥) في د: إذا.

الأصل، أو يصرف للموقوف عليه أو للواقف؟ فيه الخلاف المذكور في بدل ما أتلف، ولو لم يذبح حتى مات فالموقوف عليه أولى بجلده، وإذا دبغه ففي عوده وقفًا وجهان في «التتمة»، والظاهر: العود.

ولا خلاف في أن المسجد إذا انهدم، وخربت المحلة، وتفرق الناس عنها، وتعطل المسجد - فلا يعود ملكًا بحال، ولا يجوز بيعه؛ كالعبد إذا عَتَقَ في زمن، ولأن الانتفاع به في الحال بالصلاة في العَرْصة ممكن، [لكن](١) لو خيف من أولي الفساد والعَرَامة نَقْضُ بنائه [وأَخْذُهُ](٢)، نقض وحُفِظَ(٣)، وإن أراد الحاكم أن يعمر بنقضه مسجدًا آخر؛ جاز، وما كان أقرب إليه كان(٤) أولى، ولا يجوز صرفه في عمارة رباط أو(٥) مدرسة وبئر وحوض؛ كما لا يجوز صرف آلة الحوض وغيره إلى عمارة مسجدٍ.

قال المتولي: إلا أن يؤخذ ذلك الحبس(٦) فيصرف إلى نوع آخر للضرورة، وعلى هذا: إذا كان على هذا المسجد أوقاف وقد خربت(٧)، قال المتولي: يصرف الحاصل من رَيْعه إلى عمارة مسجد آخر، بخلاف ما لو وقف على ثغر من الثغور فيعَطَّل: إما لاتساع رقعة(٨) الإسلام، أو لاستيلاء الكفار عليه - فإنه يجمع رَيْعُ وقفه؛ رجاء أن يعود، ولا يجوز صرفه إلى غيره.

ولو وقف على قنطرة، فانخرب(٩) الوادي، وتعطلت تلك القنطرة، واحتيج إلى قنطرة أخرى - جاز النقل إلى ذلك الموضع.

قال أبو عاصم العبادي: بخلاف المسجد الذي باد أهله؛ حيث تبقى عمارته، ويعمر بعد(١٠) ما خرب إن أمكن، ليصلي فيه المارة.

فرع: إذا عمر المسجد الخراب إنسان ولم يوقف الآلة، قال في «البحر»: كانت عارية(١١) له يرجع فيها متى شاء.

قال: **وإن جنى خطأ وقلنا هو له** أي: للموقوف عليه - **فالأرش عليه**؛ لأنها جناية

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: وخفض.
(٤) في د: فهو.
(٥) في د: و.
(٦) في د: الجنس.
(٧) في جـ: حرب.
(٨) في جـ: ربقة.
(٩) في جـ: فانحرق.
(١٠) في د: قعد.
(١١) في جـ: عمارته.

صدرت من مملوكه الذي لا يقدر على بيعه فوجب [عليه][١] كجناية أم الولد، وهكذا[٢] الحكم فيما إذا قلنا: إن الملك للواقف يكون الأرش عليه.

قال وإن قلنا[٣]: **لله تعالى، فقد قيل في ملك الواقف**؛ لأنه منع البيع بسبب من جهته وهو الوقف؛ فأشبه سيد أم الولد، وهذا قول أبي إسحاق، وهو الأصح في «المهذب» وغيره.

وقيل: **في بيت المال**؛ لأنه إيجابه على الواقف والموقوف عليه متعذر؛ لزوال ملكهما، وتعلقه بالرقبة غير ممكن؛ لأنه لا يتعلق إلا بما يمكن بيعه، ولا ذمة له تنتظر؛ فوجب في بيت المال؛ كالحر المعسر إذا جنى خطأ ولا عاقلة له. ويفارق هذا أم الولد؛ لأن حكم[٤] الملك باق لسيدها، مع أنه يمكنه التخلص من عهدتها بعتقها.

وقيل: **في كسبه**؛ لأن محله كان للرقبة[٥]، فإذا تعذر [تعلقه بها تعلق][٦] بأقرب الأشياء إليها وهو الكسب المستفاد منها لحقوق النكاح، وبالقياس على النفقة.

وعلى[٧] هذا: فلو[٨] لم يكن له كسب لم يجز إلا الوجهان السابقان، ثم أضعف الوجوه - كما قال الروياني-: إيجابه على الموقوف عليه؛ لأنه يؤدي إلى الإجحاف به بأن يجني جنايات كثيرة، ويفارق أم الولد؛ لأن هناك في أحد القولين لا يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة لجميع[٩] جناياتها، وفي القول الآخر: يجب أرش جميع الجنايات عليه؛ لأنه يمكنه التخلص بعتقها، والموقوف عليه لا يمكنه أن يتخلص.

وعلى كل حال: فكل من ألزمناه الأرشَ[١٠] يلزمه أقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية كما قلنا في جناية أم الولد، [وهكذا حكمُ تكرُّرِ جناية أم الولد][١١]. هذا[١٢] هو المشهور في طريق العراقيين، وكذلك هو المذكور في «تعليق» القاضي الحسين و«الإبانة».

---

(١) سقط في د.
(٢) في ج: وهكذا.
(٣) زاد في د: أنه.
(٤) زاد في ج: أم.
(٥) في د: الرقبة.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: فعلى.
(٨) في د: لو.
(٩) في ج: بجميع.
(١٠) في ج: بالأرش.
(١١) سقط في ج.
(١٢) في ج: فهذا.

وفي «النهاية»: أنا[١] إذا قلنا: الملك للموقوف عليه، ففيه وجهان:

أحدهما: أن الفداء على الواقف مطلقًا.

والثاني: أنا إن قلنا: إن الوقف لا يفتقر إلى القبول، فهو على الواقف، وإن قلنا: إنه يفتقر [إلى القبول][٢]، فهو على الموقوف عليه؛ لأنه سبب إلى تحقيق المانع من البيع، وقد انضم إليه كونه مالكًا.

[ولا فرق][٣] على الصحيح في إيجاب الغرم على الواقف بين أن يكون الجاني مات عقيب الجناية أو يبقى، وبه قال ابن الحداد. وفيه وجه: أنه إذا مات عقيب الجناية بلا فصل أنه يسقط الفداء، كما لو جنى القِنُّ ومات، والقائلون بالأول فرقوا بأن القن تعلق الأرش برقبته، فإذا مات فات، وهاهنا تضمين الواقف كان بسبب كونه مانعًا من البيع بالوقف وقد تحقق، وهذا الخلاف يجري فيما إذا جنت أم الولد وماتت.

فرع: إذا قلنا بوجوب الأرش على الواقف، فلو وجدت الجناية بعد موته، قال في «التتمة»: لا يفدى من تركته؛ لأنها انتقلت إلى الوارث، والملك في الوقف: ما انتقل إليه، وهذا ما يرشد إليه قول الشيخ في ملك الواقف: وهو بعد الموت لا ملك له، فعلى هذا يتعلق بكسبه في وجه، وفي وجه: يكون في بيت المال.

وفي «الجرجانيات»: أنه إن ترك مالًا فعلى الوارث[٤] الفداء منه؛ لأن العبد ممنوع البيع بسبب صدر منه في حياته[٥]، فلزمه ضمان جنايته في ماله.

قال: **ويَنْظُر في الوقف مَنْ شَرَطَهُ الواقفُ**؛ لأنه المتصرف بصدقته فهو أحق من يقوم بإمضائها وصرفها إلى مصارفها، وقد ثبت أن عمر - رضي الله عنه - كان يلي أمر صدقته، ثم جعله إلى حفصة وبعدها[٦] إلى ذوي الرأي من أهلها، وأشار في «النهاية» إلى خلاف فيما إذا كان الوقف على معين، وشرط التولية لأجنبى هل يتبع شرطه إذا فرعنا على أن الملك في الوقف للموقوف عليه؟ وعلى الأول لا فرق[٧] بين أن يفوض[٨] النظر إلى واحد أو إلى أكثر منه.

ويجوز أن يشترط لواحد العمارة وتحصيل الرَّيْع، [و][٩] إلى آخر حفظه وقسمته،

---

(١) في ج: أما.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: والفرق.
(٤) في ج: المالك.
(٥) في ج: جناية.
(٦) في ج: وبعدهما.
(٧) في ج: يفرق.
(٨) في د: بفرض.
(٩) سقط في ج.

وكذا يجوز أن يشترط لواحد الحفظ واليد، ولآخر التصرف.

قال: **فإن شرط النظر لنفسه جاز**؛ لأنه من أهل النظر فأشبه غيره، وبل أولى؛ [إذ النظر كان إليه](١).

[قال](٢): **وإن لم يشترط** أي: لنفسه ولا لغيره **نَظَرَ فيه الموقوف عليه في أحد القولين**؛ لأن النفع والفائدة ترجع إليه.

والحاكم في القول الآخر؛ لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه وحق من ينتقل إليه؛ فكان صاحب النظر العام أولى بالنظر فيه.

وفي المسألة وجه آخر حكاه في «المهذب»(٣) وغيره: أنه للواقف؛ لأن النظر والتصرف كان إليه، فإذا لم يصرفه عن نفسه بقي على ما كان عليه، وهذا ما اختاره في «المرشد»، وقال: إنه إذا مات نظر فيه الحاكم.

وبعضهم بنى الخلاف على أقوال الملك، ومنهم من قال إن قلنا: الملك للواقف، فالتولية له، وقيل: للحاكم؛ لتعلق حق الغير به، وإن قلنا: لله تعالى، فهي للحاكم.

وقيل: للواقف إن كان على جهة عامة؛ فإن(٤) قيامه بأمر(٥) الموقوف [عليه](٦) من تتمة القربة.

وقيل: للموقوف عليه إذا كان على معين.

وإن قلنا: الملك للموقوف عليه، فالتولية له.

وذكر كثيرون: أن التولية في صورة السكوت للواقف، من غير حكاية خلاف ولا بناء على شيء، ومنهم القاضي الحسين، وكذا المتولي كما ذكر(٧) هنا؛ تمسكًا بأن عمر وعليًّا وفاطمة - رضي الله عنهم - كانوا ينظرون في أوقافهم(٨) [إلى الموت](٩)، وقال في كتاب الإجارة: لا خلاف أن الواقف ما دام حيًّا فله أن يؤاجر وأما بعد موته: فإن جعل النظر فيه لغيره فذاك، وإلا فإن قلنا: الملك للواقف أو لله

---

(١) في جـ: إذا كان النظر أولى.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: التهذيب.
(٤) في جـ: وأن.
(٥) في جـ: بأمن.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: ذكره.
(٨) في جـ: أوقاتهم.
(٩) سقط في جـ.

تعالى، فالحاكم يتولاه، وإن قلنا: الملك للموقوف عليه، فالمذهب: أن له أن يؤاجر وينفرد بالعقد إن كان واحدًا، وقد ذكر في المسألة وجه آخر: أنه لا يملك الإجارة، وقال الرافعي: الذي يقتضي كلام المعظم الفتوى به: [أن يقال](١): إن كان الوقف على جهة عامة فالتولية للحاكم كما في الوقف على المسجد والرباط، وإن كان على شخص معين فكذلك إن جعلنا الملك لله تعالى، وإن جعلناه للواقف أو الموقوف عليه فالتولية كذلك.

واعلم أنه لا بد فيمن ينظر في الوقف - من واقفٍ وغيره - من وصفين: الأمانة، والكفاية في التصرف، سواء كان الوقف على جهة عامة أو على معين مكلف رشيد(٢)، أو غير ذلك.

وفي «الوسيط» وجه فيما إذا كان الوقف على بالغ: أنه لا تشترط العدالة.

ولو شرط التولية للأفضلِ فالأفضلِ من بنيه(٣)، كان لأفضلهم حالة استحقاق النظر، حتى لو تحدد من هو أفضل ممن كان حال استحقاق التولية فاضلًا لم يكن إليه(٤).

نعم، لو تغير حال الفاضل حالة الاستحقاق فقد صار مفضولًا؛ فتنتقل الولاية إلى من هو أفضل منه، ولو جعلها للأفضل من ولده فهل يختص بالأفضل من الذكور أو بالأفضل من الذكور والإناث؟ فيه وجهان في «الحاوي». ولو لم يقبل(٥) الفاضلُ الولايةَ كانت لغيره، فلو عاد وطلبها بعد الرد ولم يكن من أهل الوقف بطلت ولايته ولم تعد إليه بالطلب؛ كالوصية، وإن كان من أهل الوقف فهل تكون له الولاية؟ فيه وجهان مبنيان على ما إذا لم يشترط النظر(٦) لأحد، كذا قال الماوردي.

فروع:

أحدها: الناظر(٧) في الوقف على المساجد إذا لم يشترط الواقف النظر لأحدٍ فهو

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: ورشيد.
(٣) في جـ: سبق.
(٤) في جـ: له.
(٥) في جـ: يقل.
(٦) في جـ: الواقف.
(٧) في جـ: النظر.

للإمام، كما دل عليه الكلام السابق، فلو لم يكن سلطان عادل ففي «الرافعي» في كتاب الفرائض: أن لصلحاء القرية صرفه إلى عمارة المسجد ومصالحه إذا قلنا: إن من مات ولا وارث له ولم يكن سلطان عادل-: إن لمن في يده المال أن يصرفه في المصالح بنفسه.

الثاني: لو شرط الواقف للمتولي من الريع شيئًا جاز، وإن كان أكثر من أجرة نفسه كما حكاه الماوردي، اللهم إلا أن يكون هو المتولي فقد تقدم الكلام فيه، ولو لم يذكر شيئًا ففي استحقاق أجرة المثل الخلاف المذكور في مسألة الغسال.

ولو شرط [له](١) عُشْر الريع أجرة لعمله، ثم عزله - بطل استحقاقه، وإن لم يتعرض لكونه أجرة، ففي «فتاوى» القفال: أن استحقاقه لا يبطل.

الثالث: للواقف أن يعزل من ولاه وينصب [غيره](٢)؛ كما يعزل الوكيل وينصب غيره، وكان المتولي نائبًا عنه، وفيه وجه: أنه ليس له العزل؛ لأن ملكه قد زال فلا تبقى ولايته عليه، ويشبه أن تكون المسألة مفروضة(٣) في التولية بعد تمام الوقف، دون ما إذا وقف بشرط أن تكون التولية لفلان؛ لأن في فتاوى صاحب «التهذيب»: أنه لو وقف [مدرسة](٤) على أصحاب الشافعي، ثم قال لعالم: فوضت إليك تدريسها، أو: اذهب ودَرِّس فيها - كان له تبديله بغيره.

ولو شرط في الوقف أن يكون هو مدِّرسها، أو قال حالة الوقف: فوضت [تدريسها](٥) إلى فلان - فهو لازم لا يجوز تبديله؛ كما لو وقف على أولاده، وكذا جزم فيها [بأنه](٦) لا يبدل القَيِّم الذي نصبه الواقف قبل(٧) موته.

الرابع: قبول المتولي، قال الرافعي: يشبه أن يجيء فيه ما في قبول الموقوف عليه أو الوكيل(٨).

قال: ولا يتصرف الناظر فيه إلا على وجه النظر والاحتياط؛ لأنه نظر في مصالح

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) زاد في د: منه.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في د: بعد.
(٨) زاد في د: الرابع.

الغير فاعتمد[١] هذا المعنى كولي[٢] اليتيم، وتصرف الناظر يكون في: العمارة والإجارة وتحصيل الريع وحفظ الأصول والغلات وبيعها؛ ليصرف الثمن[٣] والأجرة للعمارة، أو ليقسمه على أرباب الوقف.

قال: فإن احتاج [أي][٤]: الوقف إلى نفقة أي: لكونه حيوانًا، أو احتاج غير الحيوان إلى مؤنة[٥] وعمارة تصونه عن الضياع - قال: أنفق عليه من حيث شرط الواقف وَفَاءً بشرطه[٦].

قال في «الإبانة»: ويستحب إذا وقف شيئًا أن يقول: يصرف على[٧] عمارته من غلته، فما فضل فهو للموقوف عليه، وعلى ذلك جرى الإمام.

قال: فإن لم يشترط[٨] **أنفق عليه من [غلة الوقف]**[٩]؛ [لوقوف الانتفاع به][١٠] على النفقة فحمل الوقف عليه.

قال: ثم[١١] **يصرف الباقي إلى الموقوف عليه**؛ لأن كل الرَّيْع كان له[، و][١٢] في «تعليق» القاضي الحسين: أن من أصحابنا من قال: إن[١٣] لم يشترط لم ينفق من كسبه، ويكون[١٤] الأمر فيها كما لو لم يكن للموقوف ريع لعارض طرأ عليه، وكذلك حكاه الإمام عن بعض المصنفين، والحكم في ذلك: أنه ينظر:

فإن كان حيوانًا فزمن أو عطب خرج وجوب النفقة على أقوال الملك، فإن قلنا: [إنه][١٥] لله تعالى، كانت[١٦] في بيت المال، [وإلا وجبت][١٧] على من له الملك، فإن حكمنا بأنه للواقف وقد مات كانت في بيت المال أيضًا، ومؤنة [تجهيز][١٨]

---

(١) في جـ: واعتمد.
(٢) في جـ: لولي.
(٣) في جـ: ثمنها.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في د: مرمة.
(٦) في جـ: لشرطه.
(٧) في د: إلى.
(٨) في التنبيه: يشرط.
(٩) في التنبيه: الغلة.
(١٠) في جـ: لوقوفه.
(١١) في التنبيه: و.
(١٢) سقط في جـ.
(١٣) في جـ: من.
(١٤) في جـ: فكان.
(١٥) سقط في جـ.
(١٦) في جـ: كان.
(١٧) في جـ: والأوجب.
(١٨) سقط في جـ.

العبد الموقوف إذا مات كنفقته[١] في حال الحياة.

وإن كان غير حيوان لم يجب على أحد عمارته؛ كالملك الخالص.

وفي «الذخائر» شيء في ذلك لم أر نقله؛ لأن فيه ما يدل على غلط في النقل[٢]، وحكم بعض النفقة إذا عجز عنها كحكم كلها.

قال[٣]: **والمستحب ألا يؤجر الوقف أكثر من ثلاث سنين** أي: إذا جوزنا الزيادة عليها كما هو الصحيح، كي لا تطول المدة فيغلب عليه، وقد ادعى القاضي الحسين والمتولي أن الحكام اصطلحوا على منع إجارته [أكثر من ثلاث سنين كما ذكرناه.

وفي «أمالي» أبي الفرج: أن المذهب منع إجارته][٤] أكثر من سنة إذا[٥] [لم][٦] تمس الحاجة لعمارة وغيرها. واستغربه الرافعي، وهو مذكور في «النهاية» عند الكلام فيما إذا طلب الوقف بزيادة لكنه لم يذكر لفظ المذهب، بل حكاه عن بعض[٧] أصحابنا، ثم قال: إن له اتجاهًا في الوقف على جهات الخير.

ثم على المشهور لو شرط [الواقف][٨]: ألا يؤجر الوقف، ففي طريقة المراوزة ثلاثة أوجه[٩]:

أظهرها عند الإمام، والغزالي: أنه يتبع شرطه.

والثاني: المنع؛ لأنه يتضمن حجرًا على مستحق المنفعة.

والثالث: إن منع مطلقًا فلا يتبع[١٠]، وإن منع الزيادة على سنة اتبع؛ لأنه لائق بمصلحة الوقف، فعلى هذا: لو كان الصلاح في الزيادة على السنة[١١] ففي «الزيادات» للعبادي [حكاية وجه][١٢]: أنه يزاد.

قال: **فإن مات الموقوف عليه في أثناء المدة** أي: بعد أن أجر، وقلنا: له الإيجار،

---

(١) في جـ: كنفسه.
(٢) في د: البدل.
(٣) في جـ: قلت.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: إذ.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: نص.
(٨) سقط في د.
(٩) في جـ: أشهر.
(١٠) في د: يمنع.
(١١) في د: سنة.
(١٢) سقط في جـ.

أو كان الواقف قد جعل لكل ناظر أن يؤجر نصيبه، وكانت الإجارة بأجرة المثل - قال: **انفسخت الإجارة**؛ لأن المنافع بعد موته للنظر الثاني فلا يصح عقده عليها؛ كما لو أجر الموصى له بمنفعة دار مدة عمره الدارَ، ثم مات قبل فراغها؛ فإنها[1] تنفسخ كما حكاه الرافعي في الإجارة، وهذا قول ابن أبي هريرة، وهو الأصح في «الرافعي» و«تعليق» القاضي الحسين، والأظهر عند الغزالي، واختاره القاضي الحسين [كما][2] قاله في «البحر» وصاحب «المرشد» فيما إذا لم يكن النظر مشروطًا له ولا مفوضًا إليه من جهة الحاكم، أما إذا كان كذلك[3] فلا ينفسخ. فعلى هذا: هل ينفسخ فيما مضى؟ فيه قولان.

قال: **وقيل: لا تنفسخ**؛ لأنه أجر عينًا ملك العقد عليها فأشبه ما لو أجر ملكه الطِّلْق[4]، وهذا ما اختاره في «المهذب» كما قاله ابن يونس، والأظهر في «الحاوي»، وقد بنى القاضي الحسين الخلاف على أن البطن الثاني يتلقون من الواقف أو [من][5] الموقوف عليه؟ فإن قلنا بالأول انفسخت، وإن قلنا بالثاني فلا، وهذا موافق لرأيه في أن الصحيح الانفساخ، ولم يستحسن الإمام والصيدلانى وطائفة عبارة الفسخ؛ لأن الانفساخ يشعر بسبق انعقادٍ، وردُّوا[6] الخلاف إلى أنا هل نتبين البطلان أم لا؟!

ثم على القول الثاني قال: **ويصرف أجرة ما مضى إلى البطن الأول**؛ لكون [أكثر][7] المنافع كانت في ذلك [الزمن حقًّا لهم][8]، **وما بقي للبطن الثاني**؛ لأن المنافع في هذا الزمن حقٌّ لهم فكان لهم عوضها. وعلى هذا: فلو[9] كان الأول قد قبض تمام الأجرة رجع الثاني بها في تركته، ولا يطالب المستأجر بشيء، وإن كان الأول مفلسًا؛ لأن الثاني كما لزمه عقد الأول لزمه قبضه.

أما إذا أجر الواقف[10] أو ناظر من جهته أو الحاكم أو [أمين الحاكم][11]، ثم

---

(١) في جـ: فإنه.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في د: ذلك.
(٤) في جـ: المطلق.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: ورود.
(٧) سقط في د.
(٨) في د: أكثر من حق لهم.
(٩) في د: لو.
(١٠) في د: للواقف.
(١١) في جـ: أمينًا.

مات البطن الأول - لم تنفسخ الإجارة؛ لأن الذي عقدها له النظر على جميع البطون، قاله ابن الصباغ والماوردي والإمام في كتاب «الإجارة».

ولا تنفسخ بموت الآجر كما صرح به الماوردي.

وحكى الرافعي عن الروياني فيما إذا أجر الناظر، ثم مات الموقوف عليه أولًا أنه تنفسخ، ولو كان قد أجر بدون أجرة المثل؛ لجواز ذلك له - كما صرح به الإمام - قياسًا على الإعارة؛ فيظهر الانفساخ هنا جزمًا.

فرع: إذا أجر[١] الوقف، ثم طُلِبَ بزيادة نظر: إن كان الآجر الموقوف عليه بحكم الملك فلا أثر للزيادة، وإن أجره المتولي بالشرط أو الحاكم فكذلك الجواب على أصح الوجوه؛ قياسًا على ما لو باع ولي اليتيم ماله ثم ارتفعت الأسواق.

والثاني: أنه يتبع[٢]؛ لأنه يتبين وقوعه على خلاف الغبطة في المستقبل، وعلى هذا: ينفسخ بنفسه، وأبدى الإمام احتمالًا في أنه يتوقف على إنشاء فاسخ.

والثالث: إن كانت الإجارة سنة فما دونها لم يتأثر العقد، وإن كانت[٣] أكثر فالزيادة مقبولة، وهذا ما أورده أبو الفرج السرخسي في «الأمالي».

ومحل الخلاف عند الإمام إذا تغيرت الأجرة بكثرة الطالبين[٤]، فأما إذا وجدنا زَبُونا يزيد على أجرة المثل [فلا خير][٥] فيما يزيده ولا حكم له، وغيره فرض الخلاف فيما إذا طُلِبَ[٦] بزيادة أو زادت الأجرة.

قال: وتصرف الغلة على شرط الواقف: من الأثرة، والتقديم، والتأخير، والجمع، والترتيب، وإخراج من شاء بصفة، وإدخاله بصفة؛ لأن الصحابة - رضوان الله عليهم - وقفوا[٧] وقوفًا وكتبوا شروطهم[٨]؛ فكتب عمر ما ذكرناه في أول الباب، وكتب على كرم الله وجهه: «تصدقت ابتغاء رضوان الله؛ ليدخلني الجنة، ويصرف النار عن وجهي، ويصرفني عن النار، في سبيل الله وذوي الرحم القريب

---

(١) في جـ: أوجر.
(٢) في جـ: يبيع.
(٣) زاد في د: على.
(٤) في جـ: المطالبين.
(٥) في جـ: فالأجير.
(٦) في د: طلبت.
(٧) في جـ: وقوفوا.
(٨) في د: بشروطهم.

والبعيد»، وكتبت فاطمة - رضي الله عنها - لنساء رسول الله ﷺ ولفقراء بني هاشم وبني المطلب، ولم ينكر عليهم أحد[(١)].

والأثرة - بفتح الهمزة والثاء المثلثة، وبضم الهمزة وكسرها مع إسكان الثاء-: الانفراد [بالشيء][(٢)]، هذا أصله، ومثاله هنا: وقفت على أولادي بشرط إن كان [فيهم عالم][(٣)] اختص بالجميع، أو جعل له نصيبان.

ومثال التقديم والتأخير: [أن يقول][(٤)]: بشرط أن يقدم الأَوْرع منهم بكذا، فإن فضل شيء كان للآخرين، أو يقول: وقفت على أولادي وأولادهم بشرط أن يقدم أولادي، فإذا انقرضوا فأولادهم، أو يقول: وقفت على أولادي على أن يكون ريع السنة الأولى للذكور [خاصة][(٥)] [والسنة الثانية للإناث.

ومثال الجمع][(٦)]: أن[(٧)] يقول: وقفت على أولادي وأولادهم، ويطلق؛ فيدخل فيه أولاد البنين والبنات، الصغار والكبار، الأغنياء والفقراء، الذكر والأنثى [فيه][(٨)] سواء، إلا أن يشترط[(٩)] التفاضل فيتبع شرطه، ولا يدخل أولاد أولاد الأولاد ومن أسفل منهم، إلا أن يقول: ما تناسلوا و[(١٠)] تعاقبوا، أو: بطنًا بعد بطن، أو قال: أبدًا - كما ذكره البندنيجي - فإذا قال ذلك اتصل إلى انقراض نسله، ويصرف إلى الموجودين حالة حصوله ممن كان حالة الوقف، وممن حدث من بعد، ولا يصرف لمن كان مجننًا إذ ذاك[(١١)].

وفي «التتمة» وجه: أنه يصرف لمن كان مجننًا عند الوقف[(١٢)].

---

(١) قال الشافعي في الأم (٤/ ٥٩): أخبرني محمد بن علي بن شافع أخبرني عبد الله بن حسن ابن حسن عن غير واحد من أهل بيته وأحسبه قال: زيد بن علي أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ تصدقت بمالها على بني هاشم وبني المطلب.
وأخرجه البيهقي في السنن (٦/ ١٦١، ١٨٣) بسنده عن الشافعي. وفي معرفة السنن والآثار (٥/ ٢٠).

(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: أو.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في جـ: يشرط.
(١٠) في جـ: أو.
(١١) في جـ: ذلك.
(١٢) في جـ: العقد.

وفي «أمالي» أبي الفرج وجه: أنه لا يصرف لمن حدث بعد الوقف إذا كان من البطن الأول، وإليه أشار القاضي الحسين في تعليقه بقوله: فالموجودون يدخلون ومن يحدث[(١)] بعدهم فالظاهر أنه يدخل، ويعضده: أن البويطي نقل[(٢)] أنه إذا وقف على قرابته فحدث له قريب بعد الوقف لا يدخل، لكن الأصحاب غلَّطُوه [فيه][(٣)].

ومثال الترتيب خاصة: أن يقول: وقفت على أولادي وأولاد أولادي ما تعاقبوا وتناسلوا [أبدًا][(٤)]، يكون الأول فالأول، والأعلى فالأعلى، والأقرب فالأقرب، [أو يقول: على أولادي، فإذا انقرضوا فعلى أولادهم ما تناسلوا بطنًا بعد بطن]، أو يقول: على أولادي، ثم على أولاد أولادي بطنًا بعد بطن، أو يقول: على أولادي وأولاد أولادي ما تناسلوا بطنًا بعد بطن، كما قاله البندنيجي، وبه أفتى أبو طاهر الزيادي، واختاره القاضي الحسين، وقال: إن من أصحابنا من قال في الصورة الأخيرة: يكون للجميع؛ لأن قوله: «بطنًا بعد بطن» يكون كذلك للضرورة، وهذا ما حكى في «فتاوى» القاضي [عن][(٥)] أبي عاصم العبادي والشيخ أبي القاسم، [وحكى فيها أيضًا عن الشيخ أبي عاصم في «المسائل» أن ذلك للجمع - أيضًا - وهو بعيد؛ فإن وضع «ثم» للترتيب][(٦)].

ولو قال: على أولادى، فإذا انقرضوا[(٧)] فعلى أولادهم، وإذا انقرض أولاد الأولاد فعلى أولادهم، وهكذا - ولو ألف مرة - لا يكون ذلك مستوعبًا لجميع النسل ما لم يقل: ما تناسلوا، أو: أبدًا، كما صرح به المحاملي والقاضي الحسين.

ومثال الجمع والترتيب: أن يقول: وقفت على أولادى وأولاد أولادى، فإذا انقرضوا فعلى أولادهم ما تعاقبوا، [أو][(٨)]: بطنًا بعد بطن - فيكون الأولاد وأولاد الأولاد مشتركين، وبعدهم يكونون مرتبين، وكذا لو قال: وقفت على أولادى ثم على أولادهم، ثم إذا انقرضوا فعلى أولاد أولادي ما تعاقبوا، فيكون الترتيب ثابتًا بين

---

(١) في جـ: حدث.
(٢) في جـ: هل.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في د.
(٧) في جـ: افتقروا.
(٨) سقط في د.

الأولاد وأولادهم، والاشتراك ثابتٌ بين أولاد أولاد الأولاد وإن سفلوا، وحيث وجد شرط الترتيب فلا يصرف إلى البطن الثاني شيء ما بقي من البطن الأول أحد، ولا إلى الثالث ما بقى من الثاني أحد، إلا أن يقول: من مات من أولادي فنصيبه لولده؛ فإنه يصرف إليه دون إخوته، كذا حكاه البندنيجي عن النص في «حرملة».

قال الرافعي: والقياس فيما إذا مات واحد من البطن الأول أن يجيء في نصيبه عند الإطلاقِ الخلافُ المذكور فيما إذا وقف على شخصين[١] ثم على المساكين، فمات واحد: إلى من[٢] يصرف نصيبه؟ ولم أَرَ له تعرضًا، لكن الشيخ أبا الفرج السرخسي حكى وجهين:

أحدهما: أن نصيب الميت لصاحبه.

والثاني: أنه لأقرب الناس إلى الواقف، وبه قال صاحب «الإفصاح» في كتاب الشهادات.

قلت: قد يظهر الفرق بين ما جمعه فيقال: الوقف على الأولاد [وأولاد الأولاد][٣] القصدُ به تمليك القرابة على الجملة على النعت الذي شرطه[٤]، لا تمليك كل واحد منهم شيئًا مقدرًا، فإنه لو كان القصد ذلك لامتنع أن ينقص أحدهما عما استحقه حالة الوقف، وذلك ليس ممتنعًا؛ بدليل أنه إذا حصل له ولد أو ولد ولد شارك الموجود فيما كان ينفرد به، وإذا كان هذا هو المقصد فلا يعدل عنه عند إمكانه، وهو مع بقاء واحد ممكن، وليس كذلك الوقف على شخصين ثم على المساكين؛ فإن القصد ظاهر في تمليك كل منهما النصف؛ بدليل عدم تطرق النقص عنه[٥]، وهو لو قال: وقفت على هذا النصف وعلى هذا النصف، لم ينتقل نصيب أحدهما للآخر عند فقده؛ فكذلك [ها][٦] هنا، وقد يُلَخَّص، فَيُقَال: لما قبل نصيب الموجود دخول النقص عليه قبل الزيادة؛ لفهم المعنى، ولما[٧] لم يقبل نصيب أحد الرجلين[٨]

---

(١) في ج: شخص.
(٢) في ج: أن.
(٣) سقط في ج.
(٤) في د: سنذكره.
(٥) في ج: إليه.
(٦) سقط في د.
(٧) في ج: وإما.
(٨) في د: الرجل.

النقص لم يقبل الزيادة؛ لفهم المعنى، والله أعلم.

ومثال الإخراج بصفة(١) والإدخال بصفة(٢): أن يقول: وقفت على بناتي، فمن تزوجت(٣) سقط نصيبها، فإن طلقت عاد نصيبها، أو: من استغنى منهم خرج من الوقف ومن افتقر دخل، أو: من غاب خرج [منه](٤) ومن حضر دخل فيه، وليس هذا بتعليق للوقف، بل هو تنجيز(٥) في الحال، وإنما ذلك تعليق للاستحقاق(٦)؛ فصار كما لو علق الوكالة على شرط لم يصح، وإذا وكله(٧) في الحال وعلق التصرف على شرط جاز، أما لو شرط أن يخرج من شاء من أرباب الوقف باختياره، ويدخل من يدخل فيه باختياره، أو يقدم(٨) من شاء ويؤخر من شاء - ففيه(٩) وجهان:

أحدهما: أنه جائز؛ كما لو أدخله بصفة وأخرجه بصفة.

والثاني - وهو الأصح في «الحاوي» وغيره، وبه جزم المعظم-: أنه لا يجوز، ويكون الوقف باطلًا.

قال الماوردي: إلا أن يجعل آخره للفقراء؛ فيكون على قولين، وإذا قلنا بالصحة فإذا فعل ذلك مرة واحدة فهل له الزيادة عليها؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وله أن يفعل ذلك ما عاش، فإذا مات فقد تعين على من فيه عند موته.

قال الرافعي: وعلى قول الجواز - أيضًا - لو شرط ذلك لغيره ففيه وجهان، أصحهما: الفساد، فإن أفسدناه ففي فساد الوقف به خلاف مبنى على أن الوقف كالعتق أم لا؟

وقال في «الوسيط»: إن قال: وقفت بشرط أن أحرم المستحق، وأحول الحق إلى غيره متى شئت، أو: أرجع متى شئت - فهو فاسد. وإن قال: بشرط أن أغير مقادير

---

(١) في جـ: نصفه.
(٢) في جـ: نصفه.
(٣) في د: تزوجته.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: منجز.
(٦) في د: الاستحقاق.
(٧) في جـ: أوكل.
(٨) في جـ: تقديم.
(٩) في جـ: فيه.

الاستحقاق بحكم المصلحة، فهو جائز.

وإن قال: أبقى أصل الوقف وأغير تفصيله، ففيه وجهان.

قال الرافعي: وهذا لا يكاد يوجد لغيره، [ثم][(١)] فيه لبس؛ فإن التحويل من مستحق إلى مستحق المعدود[(٢)] في الرتبة الأولى، وتغيير مقادير الاستحقاق الذي جعله مثالًا للثانية - كل منهما مندرج فيما جعله[(٣)] موضع الوجهين، وهو إبقاء أصل الوقف وتغيير تفصيله.

فروع متفرقة:

إذا قال: وقفت هذا على سكان موضع، كذا فغاب بعضهم سنة، ولم يبع داره ولم يستبدل دارًا - لا يبطل حقه، ذكره العبادي.

إذا قال: وقفت على زيد بشرط أن يسكن موضع كذا، ثم من بعده على الفقراء - فهذا وقف فيه انقطاع؛ لأن الفقراء إنما يستحقون بعد انقراضه، واستحقاقه مشروط [بشرط][(٤)] قد تقدم.

إذا وقف على أولاده لا يدخل فيه أولاد الأولاد على الأصح، وعليه نص في «البويطي»، وحكى أبو الحسن[(٥)] بن القطان وجهًا آخر: أنهم يدخلون. وخرجه صاحب «الإفصاح» قولًا[(٦)] للشافعي - رضي الله عنه - كما حكاه في «الحاوي»، وغَلِطَ فيه.

وقال القاضي الحسين في كتاب الوصية: نص الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» [على][(٧)] أنه إذا أوصى لواحد بمثل نصيب أحد ولديه، وله بنت وبنت ابن [وعصبة - أعطى السدس، ولم أَرَ أنه مُوصىً له بالسدس؛ لأنه مثل نصيب ابنة الابن][(٨)]؛ فيكون سبعًا. وهذا من كلام الشافعي - رضي الله عنه - دليل على أن اسم الولد عند الإطلاق يتناول ولد الولد، حتى لو وقف على أولاده يدخل فيه أولاد

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: للعدود.
(٣) في د: فعله.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: الحسين.
(٦) في جـ: وجهًا.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في جـ.

الأولاد. انتهى.

قلت: وقد يمنع أن [في][(١)] كلام الشافعي - رضي الله عنه - دليلًا على ما ادعاه؛ لأن قوله: «أحد ولديه» - ولا ولد له من الصلب إلا واحد - قرينةٌ دالة على إرادة المجاز بإطلاق اسم الولد على ولد الولد؛ فاستعمل فيه كما سنذكره، وليس عند الإطلاق دلالة[(٢)] عليه. [والله أعلم][(٣)].

وفي «النهاية» ترتيب أولاد البنات على الخلاف في أولاد البنين، وأولى بعدم الدخول، وهذا عند الإطلاق، وقد يقترن به ما يقتضي الجزم بخروجهم كما إذا قال: وقفت على أولادى، [فإذا انقرضوا فلأحفادى الثلث والباقي للفقراء، ولو وقف على أولاده ولم يكن له أولاد أولادٍ][(٤)]، ففي «التتمة» وغيرها: أنه يحمل اللفظ عليهم؛ صيانة لكلام المُكَلَّف عن الإلغاء.

ولو قال: وقفت على أولادى، فإذا انقرض أولاد أولادي فعلى الفقراء - وقلنا بعدم دخولهم عند الإطلاق - فهل يكون الوقف منقطع الوسط أو[(٥)] يدخلون بعد انقراض أولاد الصلب؟ فيه وجهان في «المهذب» وغيره، أصحهما: أولهما، والخلاف المذكور في أولاد الأولاد [مع الأولاد][(٦)] يجري في دخول أولاد أولاد الأولاد عند الواقف على الأولاد وأولادهم، ولا نزاع في أنه لو قال: على نسلي وعقبي أو ذريتي، دخل فيه [أولاد البنات وإن بعدوا.

إذا وقف على أولاده وأولاد أولاده ممن ينتسب إليه دخل فيه أولاد البنين، دون أولاد البنات. وحكى ابن كج وجهًا: أنهم يدخلون.

ولو وقف على البنين أو البنات لا يدخل الخنثى [المشكِل][(٧)]، وفي [دخول][(٨)] بني الأولاد عند الوقف على البنين وبنات الأولاد عند الوقف على البنات وجهان، [ومنهم من خصهما ببني البنين، وجزم بعدم دخول بني البنات][(٩)].

(١) سقط في د.
(٢) في د: دالة.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) في د: و.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في د.

ولو وقف على البنين والبنات دخل الخنثى المشكل [على أصح الوجهين][١]، ووجه المنع: أنه لا يعد منهما.

والمنفي باللعان لا يستحق شيئًا.

وعن أبي إسحاق: أنه يستحق، وأن أثر اللعان مقصور على الملاعن.

إذا جُهِل شرط الوقف ولم نعرف مقادير الاستحقاق أو كيفية الترتيب، قال الإمام: إن لم نيئس[٢] من المعرفة وقفنا الأمر، وحملنا[٣] المستحق على الطلب، وإن أيسنا، فقد سمعت شيخي يقول: حق هذا أن ينزل منزلة الوقف الذي لا مصرف له إذا صححناه، وكان يحكي عن القفال فيه: أن الأصح الحمل على الجهة العامة.

قال الإمام: ولا يتأتى هذا إذا عدمنا شرط الواقف وأشكل، مع العلم بانحصاره في معينين[٤]، فالوجه: وقف الرَّيْع إلى أن يصطلحوا.

وغيره قال: إذا لم يكن الواقف حيًّا تقسم الغلة بينهم؛ إذ ليس بعضهم أولى بالتقديم والتفضيل من بعض، وإن كان حيًّا ففي «التهذيب» و«المهذب»: أنا نرجع إليه - وكذا قال في «الحاوي» - وأنه لا يمين عليه، وأن وارثه يقوم مقامه في ذلك، وكذا عند عدم الوارث يرجع إلى الناظر[٥] من جهة الواقف دون الناظر[٦] من جهة الحاكم.

وحكى فيما إذا اختلف الوالي من جهة الواقف والوارث في الشرط[٧] وجهين في أيهما يعمل بقوله.

لو لم تُعرف الأرباب، قال الغزالي: جعلناه كوقف مطلق لم يذكر مصرفه؛ فيصرف إلى المصارف التي ذكرناها.

إذا وقف داره رباطًا أو مدرسة وشرط اختصاصها بأصحاب الشافعي - رضي الله عنه - أو أصحاب الرأي، اتبع شرطه.

ولو وقفهما مسجدًا، وشرط [أن يصلي فيه طائفة معينون[٨] دون غيرهم، فإذا

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: تنس.
(٣) في د: وحكمنا.
(٤) في جـ: معنيين.
(٥) في د: الباطن.
(٦) في د: الباطن.
(٧) في د: الشروط.
(٨) في جـ، د: معينين.

انقرضوا فعلى عامة المسلمين - ففيه وجهان:

أحدهما: أن شرطه غير متبع؛ لأن جعل البقعة مسجدًا][1] كالتحرير فلا معنى لاختصاصه بجماعة، وعلى هذا قال في «التتمة»: يفسد الوقف؛ لفساد الشرط. وقياس ما ذكرناه عن الإمام: أنه لا يفسد[2].

والثاني – وبه جزم القاضي الحسين في «تعليقه»-: أنه يتبع حتى لا يجوز لغيرهم الصلاة فيه؛ لرعاية شرط الواقف، وحكى ذلك في آخر كتاب الجزية، وقال: إنه يكره.

قال الرافعي: ويشبه أن تكون الفتوى به.

ولو وقف مقبرة، وشرط اختصاصها بالغرباء أو بجماعة مخصوصين: فإن صححنا الشرط في المسجد فهاهنا أولى، وإلا فوجهان؛ لترددها بين المسجد والمدرسة. والثاني أظهر؛ فإن المقابر للموتى كالمساكن للأحياء.

ولو أطلق وقف ذلك كان لكل أحد أن يصلي في المسجد، ويعتكف فيه، ويسكن

---

(١) سقط في د.

(٢) قوله: ولو وقف داره مسجدًا وشرط أن يصلي فيه طائفة بعينها دون غيرها، فإذا انقرضوا، فعلى عامة المسلمين، فوجهان:
أحدهما: أن شرطه غير متبع؛ لأن جعل البقعة مسجدًا، كالتحرير، فكيف يختص بجماعة.
والثاني وبه جزم القاضي حسين.
وقال الرافعي: يشبه أن تكون الفتوى به أولى أن يتبع؛ رعاية لشرط الواقف، فعلى الأول قال في التتمة: يفسد الوقف؛ لفساد الشرط، وقياس ما ذكرناه عن الإمام: أنه لا يفسد. انتهى كلامه.
وما ذكره في آخر المسألة من أن قياس ما قاله الإمام عدم الإفساد – غريب، فإن الإمام قد صرح به فقال: ومهما فسد الشرط في جُعْل، فالمذهب الثبوت أن الشرط يلغى وينفذ المسجد، فإن هذه الجهة مشابهة للأعيان، والشرط الفاسد إذا لم يقع على جهة التعليق، لا ينافي نفوذ العتق. هذا لفظه.
ذكر ذلك في أواخر الباب قبيل فرع أوله: إذا علق الرجل عتق عبده.
واعلم أن الإمام قد ذكر طريقة لم يحكها المصنف ولا الرافعي، فإنه جزم بفساد الشرط في تخصيص المسجد لجماعة، وحكى الوجهين فيما إذا شرط ألا يقام فيه إلا شعار طائفة معينة؛ كالحنفية، أو الشافعية، قال: والمذهب -وهو القياس أيضًا- بطلان الشرط، والقائل بالصحة، قاله على سبيل المصلحة، إذ التنافس بين أرباب المذاهب غير خافٍ، والشرط مردود فصححناه. انتهى ملخصًا. وإلى هذا الكلام الأخير أشار الرافعي بقوله: ويشبه أن تكون الفتوى به أولى، وإن كانت طريقته في فرض الخلاف مخالفة لطريق غيره، كما قدمناه. [أ و].

المدرسة بشرط الأهليَّة، وكذلك الرباط، ويدفن في المقبرة، ولا يختص واقف المسجد بالأذان فيه والإمامة، بل هو وسائر المسلمين فيه سواء.

فائدة: الصفة والاستثناء عقيب الجُمَل المعطوف بعضها على بعض يرجعان [إلى الكل][(١)]: مثال الصفة: وقفت على أولادي وإخوتي وأحفادي المحاويجِ منهم.

ومثال الاستثناء: وقفت على أولادي وأحفادي وإخوتي إلا أن يفسق واحد منهم.

ورأى الإمام تقييد ذلك بقيدين-:

أحدهما: أن يكون العطف بالواو الجامعة، فأما إذا كان بكلمة «ثم»، قال: [فإنه][(٢)] يختص الصفةُ والاستثناءُ بالجملة الأخيرة.

والثاني: ألا يتخلل بين الجملتين كلام طويل، فإن تخلل كما إذا قال: وقفت على أولادى، على أن من مات منهم وأعقب فنصيبه بين أولاده للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن لم يعقب فنصيبه للذين في درجته، فإذا انقرضوا فهو مصروف إلى إخوتي، إلا أن يفسق واحد منهم - فالاستثناء يختص بالأخيرة.

والصفة المتقدمة على جميع الجمل مثل أن يقول: وقفت على محاويج أولادي وإخوتى، كالمتأخرة عن جميعهم[(٣)] حتى تعتبر الحاجة في الكل.

قال: **وإن وقف على الفقراء جاز أن يصرف إلى ثلاثة منهم**؛ لأن عرف الشرع في هذه اللفظة: ثلاثة في الزكاة، فحمل اللفظ[(٤)] عليها [في الوقف][(٥)]، وهل يجوز الصرف إلى فقراء غير بلده؟ فيه وجهان مرتبان على جواز نقل الصدقة، وأولى بالجواز، والحكم فيما لو وقف على المساكين كالحكم فيما لو وقف على الفقراء، وإذا وقف على أحد الصنفين جاز أن يصرف للآخر، خلافًا لأبي إسحاق؛ حيث منع الصرف إلى المساكين عند الوقف على الفقراء، ولو وقف على [أحد][(٦)] الصنفين فأقلُّ ما يجزئ: الصرف إلى ثلاثة من كل صنف.

---

(١) في جـ: بالكل.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: الجميع.
(٤) في د: الوقف.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.

قال في «الحاوي»: ولو[١] وقف على الفقراء، فمن ادعى أنه فقير جاز الصرف إليه، ولا يكلف إقامة البينة على فقره، بخلاف ما لو وقف على الأغنياء من أقاربه؛ فإنه لا بد من إثبات الغنى بالبينة.

ولو وقف على من افتقر فلا بد في الاستحقاق من سابق الغنى، [و][٢] في هذه الحالة لا يقبل قوله في الفقر إلا ببينة، صرح به في «البحر».

ويجوز الصرف لصغير فقير له أب غني، أو امرأة فقيرة لها زوج [غني][٣]، أو رجل فقير له ابن غني، وهكذا لو لم يكن له مال وهو مشتغل[٤] بعمل يده[٥] كان من فقراء الوقف، وإن لم يكن من فقراء الزكاة، كذا جزم [به][٦] في «الحاوي».

وقال في «البحر»: رأيت لبعض[٧] أصحابنا وجهًا: أنه لا يدفع إليهم.

وحكى الرافعي فيما عدا الأخير أربعة أوجه عن حكاية الشيخ أبي علي في «الشرح»:

أحدها - وبه قال ابن الحداد-: أنه يجوز الصرف إليهم.

والثاني - ويحكى عن أبي زيد والخضري-: المنع؛ لغنائه بالنفقة المستحقة له؛ فصار كمن حصلت [له][٨] كفايته من كسبه أو من ضَيْعة[٩] موقوفة عليه.

والثالث - عن الأودني، فيما نقله الفقيه أبو يعقوب-: أن من نفقته على قريبه يستحق دون الزوجة، والفرق: أنها تستحق عوضًا، وهي تستقر في ذمة الزوج كدين في ذمة الفقير حالٍّ أو مؤجلٍ، بخلاف القريب؛ فإن نفقته مواساة.

والرابع: أن الزوجة يجوز الصرف لها دون من في نفقة القريب، والفرق: أن القريب يلزمه كفاية أمر القوت من كل وجه حتى الدواء وأجرة الطبيب؛ فاندفعت

---

(١) في د: وإذا.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: مستقل.
(٥) في د: بدنه.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في د: عن بعض.
(٨) سقط في د.
(٩) في د: صفة.

حاجته بالكلية، [والزوجة][(١)] واجبها [مقدر، وربما][(٢)] لا يكفيها؛ فتبقى محتاجة، والحكم في صرف الوصية [إلى من][(٣)] ذكرناه حكم رَيْعِ الوقف، قاله الرافعي في قسم الصدقات.

قال: **وإن وقف على قبيلة كبيرة** أي: كبني تميم وبني هاشم والأنصار **بطل الوقف في أحد القولين**؛ لأن الموقوف عليه معينون فلا يمكن تعميمهم فبطل الوقف؛ كما لو وقف على قوم.

وصح في الآخر، ويجوز أن يصرف إلى ثلاثة منهم؛ لأن كل من صح الوقف عليهم[(٤)] إذا كان عددهم محصورًا [صح][(٥)]، وإن كان غير محصور، صرف[(٦)] إلى ثلاثة منهم كالفقراء والمساكين، فعلى هذا: هل يجوز الصرف إلى نسائهم إذا كان قد قال: وقفت على بني تميم؟ فيه وجهان.

أما القبيلة[(٧)] الصغيرة فيجوز الوقف عليها اتفاقًا، وحكم الوقف على عشيرته حكم الوقف على القبيلة، وإذا صح كان كالوقف[(٨)] على الأقارب.

وقد خرج الرافعي الخلاف في مسألة الكتاب على أن الوقف[(٩)] على الجهات العامة القصد فيه القربة أو التمليك، فعلى الثاني لا يصح؛ لتعذر الاستيعاب، وعلى الأول يصح.

قال: والأشبه بكلام الأكثرين: أنه تمليك، وأنه يصح هاهنا، [وهو الذي صححه النواوي][(١٠)].

تنبيه: القبيلة: بنو الأب.

قال الماوردي في «الأحكام السلطانية»: أنساب العرب ست مراتب تجمع أنسابهم، وهي: شَعْب، ثم قبيلة، ثم عمارة، ثم بطن، ثم فخذ، ثم فصيلة:

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: مقدرة بما.
(٣) في جـ: إن.
(٤) في د: عليه.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ، د: وصرف.
(٧) في جـ: القرية.
(٨) في جـ: الوقف.
(٩) في جـ: الواقف.
(١٠) سقط في د.

فالشعب: النسب الأبعد كعدنان، سمي شَعْبًا؛ لأن القبائل منه تتشعب.

ثم القبيلة، وهي: ما انقسمت فيه أنساب الشعب(١)، كربيعة ومضر، سِميت قبيلة؛ لتقابل الأنساب فيها.

ثم العمارة، وهي: ما انقسمت فيه أنساب القبيلة كقريش وكنانة.

ثم البطن، وهو ما انقسمت فيه أنساب العمارة؛ كبني عبد مناف وبني مخزوم.

[ثم الفخذ، وهو: ما انقسمت فيه أنساب البطن كبني هاشم وبني أمية](٢).

ثـم الفصيلة، وهي: ما انقسمـت فيه أنساب الفخذ، كبني العباس وبني المطلب.

فالفخذ(٣) يجمع الفصائل، والبطن تجمع الأفخاذ، والعمارة تجمع البطون، والقبيلة تجمع العمائر، والشعب يجمع القبائل، فإذا تباعدت الأنساب صارتِ القبائل شعوبًا والعمائر قبائل.

وزاد غيره العشيرة قبل الفصيلة.

قال: **وإن وقف على مواليه وله موالٍ من أعلى وموالٍ من أسفل، فقد قيل: يبطل**؛ لأنه وقفه على مجهول، وذلك أن المولى من أسماء الأضداد؛ لأنه يقع على المعتقِ [والمُعْتَق](٤)، ولا يمكن حمل اللفظ فيه **على** العموم؛ لاختلاف معناهما، مع أن الذي يحمل على العموم أسماء الأجناس كالمسلمين؛ فلما تعذر ذلك بطل، وهذا أرجح عند الغزالي، وقال أبو الطيب: إنه ضعيف.

وقيل: يصح، ويصرف إلى الموالي من أعلى؛ لأنهم أنعموا عليه بالإعتاق فكانوا أحق بالمكافأة، وأيضًا: فلاختصاصه بالعصوبة(٥).

قال الجيلي: فعلى هذا يدخل فيهم أولادهم.

وقيل: يقسم بينهما، [وهو الأصح](٦)؛ لتناول الاسم لهما بمعنى واحد على

---

(١) في جـ: العرب.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: الفخذ.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: بالعضوية.
(٦) سقط في جـ.

جهة التواطؤ، وهو الموالاة والمناصرة.

قال شيخنا الشريف عماد الدين - رحمه الله-: وصيغة الجمع منه تتناول الكل؛ ضرورة أنه متواطئ، وهو معنىً واحدٌ مشترك [فيه](١) كاشتراك(٢) اللفظ بين معنيين مختلفين لا مشترك بينهما، وهذا ما اختاره ابن القطان، وصححه القاضي أبو الطيب والمتولي وغيرهم.

وحكى المتولي وجهًا آخر: أنه يختص [الأسفل](٣)؛ لاطراد العادة بإحسان السادة إلى العُتَقاء.

ثم الوجوه المذكورة في الكتاب منسوبة إلى رواية الإصطخري، ولو لم يكن له إلا أحد الصنفين تعين، ولو كان له من جهةٍ واحدٌ [ومن جهةٍ](٤) اثنان تعيَّنَ الصرف للجميع، قاله في «المحيط». [ولو كان قد قال: وقفت على مولاه، وليس له إلا مولىً من أعلى ومولىً من أسفل - قال في «المحيط»](٥): فلا ينقدح في هذه الصورة إلا أحد وجهين: إما البطلان؛ للاحتمال(٦)، وإما الصحة؛ حملًا على الأعلى، أما الجمع فلا وجه له.

قال: فإن وقف على زيد وعمرو وبكر، ثم على الفقراء - [أي](٧): وأطلق - فمات زيد، صرفت(٨) **الغلة إلى من بقي من أهل الوقف، فإذا انقرضوا صرفت الغلة للفقراء**؛ لأنه لا يمكن صرفه إلى الفقراء قبل انقراضهم؛ لعدم شرط استحقاقهم، ولا يرده(٩) للواقف؛ لزوال ملكه عنه؛ فتعين صرفه لأهل الوقف، وهذا هو المنصوص في حرملة، وبه جزم القاضي الحسين.

وفي «البحر»: أن صاحب «الإفصاح» حكى ذلك، وأنه يحتمل أن يرجع نصيب الميت إلى الفقراء، ثم قال صاحب «الإفصاح»: وهو الأصح، وقد ذكره الصيمري أيضًا - أما إذا شرط أن من مات منهم انتقل نصيبه لولده أو لبقية أهل الوقف، فإنه

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: لاشتراك.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: للإجمال.
(٧) سقط في د.
(٨) في جـ: صرف.
(٩) في د: رده.

يتبع شرطه. ولو كان قد وقف على زيد، ثم على عمرو، ثم على بكر، ثم على الفقراء، فمات عمرو قبل زيد، ثم مات زيد - قال في «الحاوي»: فلا حق فيها لبكر، وكانت للفقراء والمساكين؛ لأن بكرًا رُتِّبَ[(١)] بعد عمرو، وجُعِلَ له ما كان لعمرو، وعمرو بموته قبل زيد لم يستحق فيه شيئًا؛ فلم يجز أن يتملك بكر عنه شيئًا[(٢)].

[وقال القاضي الحسين في «فتاويه»: الأظهر: أنه يصرف إلى بكر، كما إذا قال: وقفت هذا على ولدي، ثم على ولد ولدي، ثم على الفقراء، فمات ولد الولد، ثم الولد يرجع إلى الفقراء][(٣)].

ولو وقف داره على زيد وعمرو: على أن لزيد [منها][(٤)] النصف، ولعمرٍو الثلث - كانت بينهما[(٥)] على خمسة أسهم: لزيد ثلاثة أخماسها، ولعمرو خمساها.

ولو[(٦)] وقف على زيد نصفها، وعلى عمرو ثلثها، ولم يقل في أصل الوقف: إنها[(٧)] عليهما - كان لكل منهما ما سمى له، وكان السدس الفاضل إذا صح الوقف فيه للفقراء.

ولو وقف على أن لزيد جميعها، ولعمرو ثلثها - كان الموقوف على زيد ثلاثة أرباعها، وعلى عمرو الربع.

ولنختم الباب بفروع تتعلق به:

يستحب للقضاة أن [يجددوا إسجالات][(٨)] الوقوف التي في ديوانهم كلما مضى زمان يخاف فيه [موت الشهود][(٩)]، كذا قاله ابن الصباغ قبيل باب نصارى العرب، من كتاب الجزية.

وحكى القاضي أبو الطيب ذلك ثَمَّ عن لفظ الشافعي - رضي الله عنهم - وأنه [علله][(١٠)]

---

(١) في جـ: رتبه.
(٢) في د: نسبًا.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: بينهم.
(٦) في جـ: وعلى.
(٧) في جـ: أنهما.
(٨) في جـ: يجددوا استحالات.
(٩) في جـ: مؤنة شهود.
(١٠) سقط في جـ.

فقال: [كي لا][١] تنقرض شهودها؛ فيؤدي ذلك إلى خفاء حالها [وبطلان الوقف][٢].

إذا وقف على أهل بيته، صرف إلى قرابته من جهة الرجال والنساء، حكاه في «الشامل» عن «البويطي».

وفي «الحاوي» حكاية ثلاثة أوجه [فيه][٣]:

أحدها: أنه يصرف إلى من ناسبه إلى الجد.

والثاني: من اجتمع معه في الرحم.

والثالث: إلى كل من اتصل به[٤] بنسب أو بسبب؛ قال ﷺ: «سَلْمَانُ مِنَّا[٥] أَهْلَ الْبَيْتِ»[٦].

إذا وقف على آله: ففيهم وجهان:

أحدهما: أنهم أهل بيته.

والثاني: أنهم من دان بدينه[٧].

إذا وقف على عياله فهم من في نفقته، وإن كان فيهم والدٌ وولد.

ولو وقف على حشمه فهو على من في نفقته، سوى الوالد والولد.

ولو وقف على حاشيته فهم المتصلون بخدمته.

قال الماوردي: ولو وقف على يتامى بلد صرف إلى صغير مات أبوه، سواء كان فقيرًا أو غنيًّا.

ولو وقف على [اليتامى مطلقًا فهل يصرف إلى يتيم غنيٍّ؟ فيه وجهان.

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: وتطويل الوقوف.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: منه.
(٥) في جـ: من.
(٦) أخرجه الطبراني في الكبير (٦/ ٢١٣)، رقم (٦٠٤٠)، والحاكم (٣/ ٥٩٨)، من طريق كثير ابن عبد الله المزني عن أبيه عن جده به.
وقال الهيثمي في المجمع (٦/ ١٣٣): رواه الطبراني، وفيه كثير بن عبد الله المزني، وقد ضعفه الجمهور وحسن الترمذي حديثه، وبقية رجاله ثقات.
(٧) في د: ذوات.

ولو وقف على[(١)] الأرامل فهن النساء [اللاتي لا أزواج][(٢)] لهن، وفي اعتبار فقرهن وجهان عند الإطلاق، وهل يدخل فيهن الرجال الذين لا أزواج لهم؟ فيه وجهان.

ولو وقف على الفِتْيان أو الشباب فهم من احتلم ولم يبلغ ثلاثين سنة.

ولو وقف على الكهول فهم من له ما بين الثلاثين إلى الأربعين.

ولو وقف على الشيوخ فهم من جاوزوا[(٣)] الأربعين.

إذا وقف على عمارة مسجد [جاز][(٤)]، وتصرف[(٥)] الغلة إلى حفظ جدرانه وسقوفه، وكذا شراء سُلَّم للصعود عليه[(٦)] إلى سطحه، ومكانس يكنس بها، ومَسَاحٍ[(٧)] ينقل بها التراب، كما قاله أبو عاصم العبادي.

ولو كان يصيب بابه مطر ويفسده جاز بناء مظَلَّة فيه بحيث لا تضر بالمارَّة.

وقال الماوردي وصاحب «العدة»: ويجوز أن يدفع[(٨)] من غلته أجور قُيَّامه[(٩)]، و[لو][(١٠)] لم يجز أن يدفع منه أجور أئمته ومؤذنيه.

وهل يجوز أن يشتري منه دهن قناديله؟ فيه وجهان، المذكور منهما في «التهذيب»: المنع، وهو الأصح في «العدة»، لكنه جزم بجواز شراء البواري، وصاحب «التهذيب»: جزم بالمنع فيها[(١١)] [أيضًا][(١٢)].

وفي «تعليق» القاضي الحسين أنه لو وقف على إصلاح المسجد صرفت الغلة إلى ثمن الحصر والدهن ونحوهما، ولا يجوز صرف شيء من الرَّيْع إلى تَزْويقه. نعم، لو صرح بذلك في الوقف فهل يجوز؟ فيه وجهان في «تعليق» القاضي الحسين وغيره.

ولو صرح بأنه يصرف الريع في دهن سراجه جاز وضعه في جميع الليل، قال أبو

(١) سقط في د.
(٢) في ج، د: التي لا زوج.
(٣) في ج: جاوز.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ج: فيصرف.
(٦) في ج: إليه.
(٧) في ج: مسابحي.
(٨) في ج: يصرف.
(٩) في د: قوّامه.
(١٠) سقط في د.
(١١) في ج: منها.
(١٢) سقط في ج.

عاصم العبادي: لأنه أنشط[1] للمصلين.

ولو فضل بعد ما يحتاج إليه المسجد من العمارة شيء فماذا يصنع به؟ فيه وجهان في «الحاوي»:

أحدهما - وهو قول ابن أبي هريرة-: أنه يكون محفوظًا للمسجد.

والثاني - وهو قول ابن القطان-: أنه يشتري به عقارًا يوقف على المسجد.

ولو بطل المسجد المعين لم يبطل الوقف عليه، صرح به الماوردي، وقال: إن غلته تصرف للفقراء والمساكين، وفيه نظر؛ لأنه[2] ممن [جزم بأن][3] جَعْلَ المال مسجدًا معينًا منقطعُ الانتهاء، فكيف إذا جعله ابتداء وانتهاء؟!

نعم، يجوز أن يكون فرّع على الصحة مع الانقطاع.

ثم كلام المتولي الذي حكيناه من قبل مصرح بأن رَيْع الوقف على المسجد إذا خرب يصرف إلى عمارة مسجد آخر.

ولو وقف على المسجد مطلقًا ففي «التهذيب» التسوية بينه وبين أن يقف على عمارة المسجد.

وفي «فتاوى» الغزالي: أنه يجوز صرف غلته إلى الإمام والمؤذن وبناء منارة إذا كان بهما[4] تتوفر الصلاة[5] فيه، وكان السلطان يعرض على وقفه فيأخذ ما فضل عنه بشرط أن يدخر[6] للمسجد شيء من غلته وأجرته [ليستغلها، ولتوقُّعِ][7] واقعةٍ.

قال الرافعي: [ويشبه أن][8] يجوز بناء المنارة من الوقف على عمارة المسجد أيضًا.

[و][9] قال في «الجرجانيات»: في جواز الصرف في هذه الحالة إلى نَقْش المسجد وتزويقه وجهان.

---

(١) في جـ: أبسط.
(٢) في جـ: لأن.
(٣) في د: حرم فإنه.
(٤) في جـ: مما.
(٥) في جـ: للصلاة.
(٦) في د: يؤخذ.
(٧) في جـ: استظهارًا بالتوقع.
(٨) سقط في جـ.
(٩) سقط في جـ.

وفي «فتاوى» القفال: أنه لو قال: وقفت على [مسجد كذا، لم يصح ما لم يبيِّن جهته فيقول: وقفت على][(١)] عمارته ودهن سراجه [ونحو ذلك][(٢)]، وهذا ما حكاه الإمام عن الشيخ أبي علي في كتاب الوصية حيث قال: لو وقف شيئًا على مسجد، واقتصر عليه ينبغي أن يُفَصَّل القول في الوقف[(٣)]: فإن قال: نويت تمليك المسجد منافع الوقف، فالوقف باطل، وكذا إذا قال[(٤)]: لم يكن لي نيّة.

ولو قال: قصدت صرف الريع إلى مصالح المسجد، فالوقف حينئذ يصح.

قال الإمام: وينبغي أن يحمل الإطلاق على هذه الحالة؛ لأنها عمت في الاستعمال [عمومًا][(٥)] ظاهرًا. وتبعه الغزالي فيما نقله [ثَمَّ][(٦)].

ولو كان في البقعة التي وُقِفَتْ مسجدًا شجرةٌ جاز للإمام قلعها باجتهاده، ثم ينقطع حق الواقف عن الشجرة، قاله العبادي.

وقال الغزالي في «الفتاوى»: مجرد ذكر الأرض لا يخرج الشجرة عن ملكه؛ كبيع الأرض، وحينئذ فلا يكلف تفريغ الأرض.

قال الرافعي: وكلام غيره محمول على ما إذا وقف المسجد ووقف الشجرة عليه، وقد سئل [الأستاذ][(٧)] أبو عبد الله الحناطي عن رجل غرس شجرة في المسجد كيف يصنع بثمارها؟ قال: إن جعلها للمسجد لم يجز أكل ثمارها من غير عوض، ويجب صرف عوضها إلى مصالح المسجد، ولا ينبغي أن تغرس الأشجار في المساجد؛ لأنها تمنع الصلاة.

إذا كان في يد رجل أرض، فأقر أن غيره وقفها على زيد وعمرو، ثم على أولادهما، ثم على الفقراء، فصدقه زيد وعمرو - صارت وقفًا كذلك إن لم يسم الواقف، فإن كذبه الأولاد صرفت [الغلة][(٨)] بعد وفاة زيد وعمرو للفقراء.

ولو كذبه زيد وعمرو وأولادهما صارت للفقراء، فإن عادوا بعد التكذيب وصدقوا

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: ونحوهما.
(٣) في جـ: الموقف.
(٤) زاد في جـ: إذا.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في د.

لم يعد الوقف إليهم، ولو صدق زيد وأولاده وكذب عمرو وأولاده - كان[١] نصف الأرض وقفًا على زيد وأولاده والنصف الآخر للفقراء.

ولو صدقه زيد وأولاد عمرو، وكذبه عمرو وأولاد زيد - كان نصف الوقف لزيد ثم للفقراء، ونصفه لأولاد عمرو ثم للفقراء.

ولو عيّن المقر الواقف وقال: إنه والد الموقوف عليهما ولا ولد له غيرهما، فصدقاه - صارت بتصديقهما وقفًا، [لا][٢] بالإقرار: ولو كذباه كانت لهما ميراثًا، فلو صدقه أولادهما فلا أثر لهما[٣] في حياة [زيد وعمرو][٤]، ولكن إن ماتا وهي باقية في تركتهما صارت وقفًا، وإن لم تكن باقية فيه أخذ من تركة أبيهما قيمة الأرض وماذا يصنع بها؟ فيه وجهان:

أحدهما: [أنها][٥] تصير وقفًا باقيًا.

والثاني: يشتري بها مثل تلك الأرض، ويكون وقفًا جاريًا.

ولو صدقه أحدهما، وكذبه الآخر - [كان][٦] نصفها وقفًا على المصدِّق، والنصف الآخر ملكًا للمكذِّب، كذا قاله[٧] الماوردي.

ولو وقف دارًا، ثم أقرَّ بأنها لشخص، وصدقه الموقوف عليه [لم يبطل الوقف، وسقط حق الموقوف عليه][٨] من غلة الوقف، وتصرف إلى من بعده من أهل الوقف، قاله في «الحاوي» في كتاب الصلح.

وإذا وقف طنجيرًا، أو فأسًا على قوم، أو [على][٩] مدرسة، فانكسر في يد الموقوف عليه من غير تعدٍّ - فلا ضمان.

وكذا لو وضع دَنًّا فيه ماء على باب داره، فوقع الكوز الموضوع عليه من يد الشارب فانكسر - لا ضمان عليه، قاله القاضي الحسين.

---

(١) في د: كانت.
(٢) سقط في ج.
(٣) في د: له.
(٤) في ج: أبويهما.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: حكاه.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في ج.

وبعد انكسار الطنجير والفأس والمرجل لا يجوز بيعه، بل يتخذ منه أصغر منه.

إذا وقف أرضًا(١) على معيّن، فأراد أن يغرس فيها: هل له ذلك؟ قال القاضي الحسين: يحتمل وجهين، وجه المنع: تغيير الوقف. ثم قال: ولا خلاف أنه لو أراد أن يجعل المُرَاح الموقوف دارًا أو حمامًا، أو البستان الموقوف موضعًا آخر - [مُنِعَ](٢)؛ لما فيه من تغيير شرط(٣) الواقف.

إذا أغلق إنسان المسجد(٤)، ومنع الناس من الصلاة فيه، فإن وضع فيه متاعه فهل تجب عليه الأجرة؟ فيه وجهان. أصحهما في «تعليق» القاضي الحسين قبيل(٥) [باب](٦) إقطاع المعادن: اللزوم، وهو ما جزم به المتولي في كتاب الغصب، وقال: إن الأجرة تصرف لمصالح المسلمين.

ولو غلق الباب، ومنع الناس من الصلاة فيه لا غير، لم [تلزمه أجرة](٧)؛ لأن المسجد لا تثبت(٨) عليه اليد، ويخالف ما لو حبس حرًّا؛ لأن منفعة الحر تُسْتَحق بالإجارة، بخلاف منفعة المسجد؛ [فإنها تُستحق بالإجارة](٩) والله أعلم.



---

(١) في جـ: أيضًا.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: الشرط.
(٤) في جـ: مسجدًا.
(٥) في جـ: قبل.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في د: تضمن.
(٨) في جـ: ثبت.
(٩) سقط في د.

باب الهبة

الهبة، والهدية، وصدقة التطوع: أنواع من البر، يجمعها: تمليك العين من غير عوض، فإن تمَّحض فيها طلب الثواب من الله تعالى بإعطاء محتاج فهي[(١)] صدقة، وإن حُمِلَتْ إلى مكان المهدَى إليه؛ إعظامًا [له][(٢)] وإكرامًا وتودُّدًا فهي[(٣)] هدية، وإلا فهبة[(٤)].

وبعضهم اشترط في الهدية: أن يكون بين المهدي والمهدَى إليه رسول، كما حكاه الزبيري وجهًا فيما إذا حلف: لا يهدى إليه، فوهب منه خاتمًا أو نحوه يدًا بيد - لا يحنث، والأشبه الأول، وعلى هذا: فكل هديةٍ وصدقة تطوعٍ هبةٌ، ولا عَكْسَ[(٥)].

وقد قيل: إن الهدية مشتقة من الهداية؛ لأنه اهتدى بها إلى الخير والتألُّف.

وقال أهل اللغة: يقال: وهبت له شيئًا، وَهْبًا[(٦)] ووَهَبًا - بإسكان الهاء وفتحها - وهبة، والاسم: الموهِبُ[(٧)]، والموهِبَة، بكسر الهاء فيهما.

والاتهاب: قبول الهبة، والاستيهاب: سؤالها، ووهّاب ووهّابة: كثير الهبة.

قال: **الهبة مندوب إليها**؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا۟ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ﴾ [النساء: ٨٦]، قيل: المراد منه الهبة، [وقوله: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] والهبة برٌّ][(٨)]، وقوله تعالى: ﴿وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ﴾ [البقرة: ١٧٧] الآية، يعني الهبة والصدقة، وقولِهِ ﷺ: «تَهَادَوْا؛ فَإِنَّ الهَدِيَّةَ تُذْهِبُ وَحَرَ الصَّدْرِ، وَلَا تَحْقِرَنَّ جَارَةٌ لِجارَتِهَا وَلَوْ فِرْسِنَ شَاةٍ»[(٩)] خرجه الترمذي.

---

(١) في جـ: وهي.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: وهي.
(٤) في جـ: وهبة.
(٥) في د: ينعكس.
(٦) في جـ: ووهبًا.
(٧) في جـ: الموهوب.
(٨) سقط في د.
(٩) أخرجه الترمذي (٤/ ٩) أبواب الولاء والهبة: باب في حث النبي ﷺ على التهادي (٢١٣٠)، وأحمد (٢/ ٤٠٥).
وقال الترمذي: هذا حديث غريب -يعني: ضعيف- من هذا الوجه.

=

وقد وردت أخبار كثيرة تدل على ذلك، مع أن الأمة مُجْمَعَةٌ على ذلك.

قال: **وللأقارب أفضل**؛ لأن فيها صلة الرحم، وقد حث ﷺ عليها بقوله: «مَنْ سَرَّهُ أَنْ يُنْسَأَ فِي أَجَلِهِ وَيُوَسَّعَ عَلَيْهِ فِي رِزْقِهِ فَلْيَصِلْ رَحِمَهُ»(١)، وغير ذلك من الأخبار.

قال: **ويستحب لمن وهب لأولاده [شيئًا](٢) أن يُسَوِّيَ بينهم**، أي: فيعطى الأنثى مثل الذكر؛ لما روى عكرمة عن ابن عباس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «سَوُّوا بَيْنَ أَوْلادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ»، وفي رواية: «لَوْ كُنْتُ مُفَضِّلًا لَفَضَّلْتُ الْبَنَاتِ»(٣)(٤)، ولما روى مسلم بألفاظ مُطَوَّلة: أن النعمان بن بشير قال: وهبني أبي هبة، ثم أتى [بي](٥) النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، إن أم هذا أعجبها أن أُشهدك على الذي وهبتُ لابنها، فقال النبي: «يَا بَشِيرُ، أَلَكَ وَلَدٌ غَيْرُ هَذَا؟» قال: نعم، قال: «كُلَّهُمْ وَهَبْتَ لَهُ مِثْلَ هَذَا؟» قال: لا، قال: «فَلَا تُشْهِدْنِي إِذَنْ؛ فَلَا تُشْهِدْنِي عَلَى الْجَوْرِ»(٦)، وفي طريق آخر: «فَكُلَّهُمْ أَعْطَيْتَ مِثْلَ مَا أَعْطَيْتَهُ؟» قال: لا، قال: «فَلَيْسَ يَصْلُحُ هَذَا، وَإِنِّي لَا أَشْهَدُ إِلَّا عَلَى حَقٍّ»(٧)، وفي طريق آخر: «أَشْهِدْ عَلَى هَذَا غَيْرِي» ثم قال: «أَيَسُرُّكَ أَنْ يَكُونُوا فِي الْبِرِّ سَوَاءً»؟ قال: بلى، قال: «فَلَا إِذَنْ»(٨)، وفي أخرى: «أَفَعَلْتَ هَذَا بِوَلَدِكَ كُلِّهِمْ؟» قال: لا، قال: «اتَّقُوا(٩) اللَّهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلادِكُمْ» فرجع، أي: فرد تلك

= وقال الحافظ في تلخيص الحبير (٣/ ١٥٢) في إسناده أبو معشر المدني وتفرد به وهو ضعيف.

(١) أخرجه البخاري (١٠/ ٤٢٩) كتاب الأدب، باب: من بسط له في الرزق (٥٩٨٥)، ومسلم (٤/ ١٩٨٢) كتاب البر والصلة، باب: صلة الرحم وتحريم قطيعتها (٢٠ - ٢٥٥٧).

(٢) سقط في د.

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير (١١/ ٣٥٤)، رقم (١١٩٩٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٧٧) كتاب الهبات، باب: السنة في التسوية بين الأولاد في العطية. قال الحافظ في تلخيص الحبير (٣/ ١٥٧)، في إسناده سعيد بن يوسف وهو ضعيف، وذكر ابن عدي في الكامل: أنه لم يُرْوَ له أَنكرُ من هذا.

(٤) في جـ: الثياب. (٥) سقط في د.

(٦) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٣) كتاب الهبات: باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة (١٤/ ١٦٢٣).

(٧) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٤)، رقم (١٩/ ١٦٢٤).

(٨) أخرجه مسلم برقم (١٧/ ١٦٢٣).

(٩) في جـ: اتق.

الصدقة[١]. وفي أخرى: أنه - عليه السلام - أمره بردها[٢].

ولأنه يقع في نفس المفضول ما يمنعه من بره، فلو فاضل، قال ابن الصباغ والقاضي الحسين: فقد فعل مكروهًا، ولا إثم عليه.

وفي «الرافعي» وجه: أن المستحب أن يعطي الذكر مثل حظ الأنثيين.

قال: **ولا يصح إلا من جائز التصرف في ماله غير محجور عليه**؛ لأنه تصرفٌ في المال.

واحترز بقوله: **غير محجور عليه** عن المكاتب يهب بغير إذن سيده.

وفي «الحاوي»: أن المفلس هل تصح هبته؟ فيه قولان. وكأنه يشير إلى القول الذي حكيناه في باب المفلس: أن تصرفاته تكون موقوفة، وهو بعينه يجري في هبة المكاتب، كما صرح به الأئمة في كتاب الكتابة، وهذه صفة الواهب.

وأما الموهوب له، قال الماوردي: فهو من صح أن يحكم له بالملك من مكلَّفٍ وغيره، ثم المكلف يقبل لنفسه وإن كان سفيهًا، وكذا حكم قبضه، وغير المكلف يقبل ويقبض له وليه في المال.

ولو وكل في قبول الهبة، قال القاضي الحسين: فالشرط فيها أن يصرح الوكيل بالسِّفَارة؛ كالقبول في النكاح.

وأما من لا يحكم له بالملك كالجَمَل والبهيمة فلا يصح أن يكون موهوبًا منه، وقد ألحق بهما الهبة من المسجد عند إرادة تمليكه دون الصرف في مصالحه، كما حكاه الغزالي في الوصية. وهكذا الحكم إذا أطلقت الهبة له عند الشيخ أبي علي واستبعده الغزالي، وقال: الإطلاق محمول عرفًا على مصالحه.

وأما العبد ففي صحة كونه موهوبًا له قولان مأخوذان - كما قال الماوردي - من اختلاف قوليه: هل يملك إذا مُلِّك أم لا؟ وهذا إذا مَلَّكَ العبدَ نَفْسَهُ، أما إذا أطلق الهبة فهي[٣] لسيده. وهل يصح قبولها بدون إذنه؟ فيه وجهان:

---

(١) أخرجه مسلم برقم (١٣/ ١٦٢٣).
(٢) أخرجه مسلم برقم (١٠/ ١٦٢٣).
(٣) في جـ: وهي.

أصحهما: نعم، وهل يقوم قبول السيد مقام قبوله؟ فيه وجهان جاريان في قبول الوصية، وصار الإمام في باب الوصية إلى أنه لا يعتد بقبول السيد في الهبة؛ لأن القبول فيها كالقبول في سائر العقود، وقبول الوصية بخلافه؛ ألا ترى أنه يعتد به منفصلًا عن الإيجاب، واقعًا بعد خروج الموجِب عن أهلية الإيجاب، وصادرًا من وارث [الموصى له](١) مع أنه لم يخاطب؟!

ثم إذا جوزنا للعبد القبول بدون الإذن، فهل يجوز أن يقبل ما يلحق سيده منه ضرر كالعبد الزَّمِن والدابة الزمنة؟ فيه وجهان في «تعليق» القاضي الحسين في كتاب اللقيط، وسنذكر عن الإمام في كتاب العتق ما يقتضي الجزم بالمنع.

والهبة من اللقطاء صحيحةٌ وإن كانوا مجهولين، كما صرح [به](٢) في «الوجيز» في باب اللقطة، وعلى هذا يقبل(٣) لهم القاضي. وقد استبعده الرافعي، [ثم](٤) قال: ويجوز أن تنزل الجهة العامة منزلة المسجد حتى يجوز تمليكها بالهبة كما يجوز الوقف عليها. وهذا منه تصريح بأن الهبة بقصد التمليك للمسجد جائزة، ولعله محمول على هبة المسجد شيئًا يصرف في مصالحه كما صوره الأصحاب، وقالوا: يجوز أن يؤخذ ما اشترى له بالشفعة، ويجوز أن يأخذ له بالشفعة لهذا الغرض، كما صرح به القاضي الحسين وغيره في كتاب الوقف والشفعة، وقالوا: إن قَيِّم المسجد يقبل له الهبة.

وتصح الهبة من الحربي على الأصح، وفي «الذخائر» حكاية وجه في كتاب الوصية: أنها لا تصح منه؛ كما لا تصح [له](٥) الوصية على وجه.

قال: ولا تجوز هبة المجهول أي: العين أو القدر أو الصفة، ولا [تجوز](٦) هبة ما لا يقدر على تسليمه أي: حسًّا أو شرعًا؛ لتعلق حق الغير به، و[لا](٧) ما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض؛ لأنه عَقْدٌ يقصد به تمليك المال في حال الحياة فأشبه البيع.

---

(١) في جـ: الوصي.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: يقيد.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في د.

وضابطه: أن كل ما جاز بيعه من الأعيان جازت هبته، وما لا فلا، وهذا على الصحيح، وقد يأتي في بعض المسائل جواز هبة ما لا يصح بيعه على وجهٍ:

فمنها: الآبق: هبته صحيحة عند ابن سريج - كما دل عليه كلام الماوردي - حيث قال عند الكلام في كيفية القبض للابن من كتاب البيع حكايةً عن محمد بن الحسن أنه قال أثناء كلامه: ألا ترى أنه لو وهب لابنه الصغير عبدًا آبقًا، جاز، ولو باعه لم يجز؟! وأن ابن سريج قال: إنما جازت هذه الهبة، ولم يجز البيع؛ لأن الإباق عذر يجوز في الهبة، ولا يجوز في البيع.

ومنها: المرهون تصح هبته على وجهٍ، وفائدة صحتها: أنه إذا انفك الرهن يجبر الواهب على الإقباض، ولا يحتاج إلى تجديد عقد، وخالفت الهبة على هذا البيعَ؛ لأنها لا تفيد الملك في الحال، بل يشترط فيه التسليم، وهي ليست بموجبة للتسليم، بخلاف البيع.

وهذا الوجه يجري في هبة المغصوب الذي لا يقدر على انتزاعه.

ومنها: هبة الأرض المزروعة[(١)] دون الزرع، تصح على وجه، لكنه جزم به الأكثرون، والوجه الآخر محكي[(٢)] في «زوائد» العمراني.

ومنها: هبة الكلب المنتفع به، تصح على وجه، وهو جارٍ في جلد الميتة قبل[(٣)] الدباغ، وفي الخمور المحترمة.

قال الإمام: وحق من جوّز الهبة فيها أن يجوزها في المجاهيل، وفي الآبق؛ [كالوصية][(٤)].

ومنها: هبة الدين المستقرض من غير من هو عليه، لا تصح [إلا][(٥)] على وجه، وإن جاز بيعه، وبه جزم الماوردي، لكن نص الشافعي - رضي الله عنه - على الجواز، واختاره في «المرشد».

وهبته ممن هو عليه جائزة قطعًا، وتبرأ بها الذمة.

---

(١) في جـ: المنزرعة.
(٢) في د: يحكى.
(٣) في جـ: وفي.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في جـ.

ومنها: [هبة][(١)] المنافع، قال في «الجرجانيات»: فيها وجهان؛ بناء على أن ذلك إعارة أم لا؟ وبيعها صحيح.

وقد احترزنا بقولنا: «ما جاز بيعه من الأعيان جازت هبته، وما لا فلا» عن الدَّيْن [و][(٢)] عن بيع الأوصاف سَلَمًا في الذمة؛ فإنه جائز، ولا تجوز الهبة على نحوه، مثل أن يقول: وهبتك ألفًا في ذمتي، ثم يعينه في المجلس ويقبضه، كما صرح به الإمام في كتاب الصلح، والقاضي الحسين [هنا][(٣)]، وقد ذكرنا في باب القرض عن «المهذب» أنه [إذا][(٤)] قال: أقرضتك عشرة دراهم، ووصفها، ثم أقبضها في المجلس - صح، وأنه لو عينها بعد مفارقة المجلس جاز، وإن طال لم يجز حتى يعيد لفظ القرض. وكان يتجه أن يجيء مثله هاهنا، وإن فرق بأن في القرض شائبة المعاوضة.

قلت: فليخرج على الخلاف المذكور في نظير المسألة في القرض.

قال: **ولا يجوز تعليقه على شرط مستقبل**، أي: مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فقد وهبتك [، **ولا على شرط**(٥) **ينافي مقتضاه**، أي: مثل أن يقول: وهبتك سنة][(٦)]، أو: بشرط ألا أقبضك، أو: [أن][(٧)] أقبضك، ولا تنتفع(٨) به؛ لأنه عقد يبطل بالجهالة؛ فبطل بذلك كالبيع.

وقيل: تصح الهبة إذا اقترن بها شرط فاسد، ويلغو الشرط.

وقيل: يختص إلغاء الشرط بما إذا كان من قبيل التأقيت، [كما إذا قال][(٩)]: وهبتك سنة، وهو مخرج مما(١٠) سنذكره في «العُمْرَى».

وحكى في «الزوائد» عن صاحب «العدة»: أنا إذا لم نبطل الهبة [بالشروط الفاسدة][(١١)]، فوهب له حاملًا، واستثنى حملها - بقى الحَمْل للواهب.

قال: **وإن قال: أعمرتك هذه الدار، وجعلتها لك حياتك ولعقبك من بعدك** -

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) في التنبيه: بشرط.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في ج.
(٨) في ج: ينتفع.
(٩) في د: كقوله.
(١٠) في د: بما.
(١١) في ج: بالشرط الفاسد.

صحَّ؛ لما روى مسلم عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ رَجُلا عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ، فَقَالَ : أَعْطَيْتُكَهَا وَعَقِبَكَ، مَا بَقِيَ مِنْكُمْ أَحَدٌ، فَهِيَ لِمَنْ أُعْطِيَهَا وَعَقِبِهِ، لا تَرْجِعُ لِصَاحِبِهَا؛ مِنْ أَجْلِ أَنَّهُ أَعْطَى[1] عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ»[2].

ولأن هذه عين الهبة ولكنه طوَّل على نفسه.

وفي معنى قولِهِ: مدة حياتك، [قولُهُ: ما][3] حييت، أو: ما عشت، أو: ما بقيت.

قال: **وإن لم يذكر العقب**، أي: بأن[4] قال: أعمرتك هذه الدار حياتك [صح][5] **أيضًا، وتكون له في حياته ولعقبه** [من][6] **بعد موته**؛ لما روى أبو داود عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: [«العُمْرَى جَائِزَةٌ»[7] أخرجه البخاري ومسلم، وروى أبو داود أنه قال][8] : «مَنْ أُعْمِرَ عُمْرَى، فَهِيَ لَهُ، وَلِعَقِبِهِ يَرِثُهَا مَنْ يَرِثُهُ[9] مِنْ عَقِبِهِ»[10]

---

(١) في ج: عطا.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٥٦) كتاب: الأقضية، باب: القضاء في العمرى، حديث (٤٣)، ومسلم (٣/ ١٢٤٥) كتاب: الهبات، باب: العمرى، حديث (٢٠/ ١٦٢٥)، وأبو داود (٣/ ٨١٩) كتاب: البيوع والإجارات، باب: في العمرى له ولعقبه، حديث (٣٥٥٣)، والترمذي (٣/ ٦٣٢) كتاب: الأحكام، باب: في العمرى، حديث (١٣٥٠)، والنسائي (٦/ ٢٧٤ - ٢٧٥) كتاب: العمرى، وابن ماجه (٢/ ٧٩٦) كتاب: الهبات، باب: العمرى، حديث (٢٣٨٠)، والطيالسي (١/ ٢٨١ - منحة) رقم (١٤٢٤)، وابن الجارود (٩٨٧)، وأبو يعلى (٤/ ٧١ - ٧٢) رقم (٢٠٩٢، ٢٠٩٣)، وابن حبان (٥١٠٨، ٥١١٣، ٥١١٥، ٥١١٦ - الإحسان)، والشافعي (٢/ ١٦٨) كتاب: الهبة والعمرى، حديث (٥٨٨)، وأحمد (٣/ ٣٩٣، ٣٩٩)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٩٢)، والبيهقي (٦/ ١٧٢) كتاب: الهبات، باب: العمرى، والبغوي في شرح السنة (٤/ ٤٢١) من طريق أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة به.
وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.
ومن طرق أبي سلمة أخرجه البخاري (٥/ ٢٨٢) كتاب: الهبة، باب: ما قيل في العمرى والرقبى، حديث (٢٦٢٥) بلفظ: قضى النبي ﷺ بالعمرى أنها لمن وهبت له.

(٣) سقط في ج.

(٤) في ج: بل.

(٥) سقط في ج.

(٦) سقط في ج.

(٧) أخرجه البخاري (٥/ ٥٦١)، كتاب الهبة، باب: ما قيل في العمرى والرقبى (٢٦٢٦)، ومسلم (٣/ ١٢٤٨)، كتاب الهبات، باب: العمرى (٣٢/ ١٦٢٦).

(٨) سقط في ج.

(٩) في د: يرث.

(١٠) أخرجه أبو داود (٢/ ٣١٦) كتاب: البيوع، باب: في العمرى، حديث (٣٥٥١)، والنسائي (٦/ ٢٧٤) كتاب: العمرى، باب: ذكر الاختلاف على الزهري فيه .

=

وخرجه النسائي.

ولأن الأملاك المستقرة كلها مقدرة بالحياة، وتنتقل إلى الورثة؛ فلم يكن ما جعل له في حياته منافيًا لحكم الأملاك، و[هذا][(١)] هو الجديد [و][(٢)] الصحيح، و[به قال في][(٣)] القديم، وفي بعضه أنه ليس كذلك، وقد اختلف في كيفيته على طريقين مذكورين في الكتابة[(٤)].

قال: وقيل: **فيه قول آخر: أنه باطل**؛ لما روي عن جابر أنه قال: «إِنَّمَا العُمْرَى الَّتِي أَجَازَ رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنْ يَقُولَ: هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ، فَأَمَّا إِذَا قَالَ: هِيَ لَكَ مَا عِشْتَ، فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى صَاحِبِهَا»[(٥)] خرجه أبو داود ومسلم.

ومراد جابر عند هذا القائل: الرجوعُ في الحال، ولأنه تمليك عين إلى مدة؛ فهو كقولك: أعمرتك سنة، أو: عُمْرِى، أو: عمر زيد، وهذا رواه الزعفراني، [وبه][(٦)] قال في «البحر». وقد كان[(٧)] بعض أصحابنا يغلب في قوله: جعلتها لك عمرى، [أ][(٨)] و: عمر زيد - حكمَ العمرى، ويجعلها أيضًا على قولين، وهو اختيار البغوي وجماعة من أصحابنا بـ «خراسان»، ومن القول بالصحة [فيه][(٩)] خرج إلغاء الشرط الفاسد في الهبة، والوقف كما ذكرناه، لكن الأكثرون على المنع في الصورة المذكورة.

قال: وقيل: **فيه قول آخر: أنه يصح، ويكون للمُعْمَر في حياته، فإذا مات رجعت[(١٠)] إلى المُعْمِر، [أو إلى ورثته**؛ تمسكًا بقول جابر، فإن المفهوم منه أنها تدفع إلى المُعْمِر][(١١)] بعد موت المُعْمَر لا في الحال، وهذا تفسير أبي إسحاق القولَ القديمَ كما قاله الرافعي والقاضي أبو الطيب، ونسبه في «الحاوي» إلى ابن أبي هريرة، وهو أضعف من الذي قبله؛ لمخالفته القياس؛ فإن الإنسان لا يملك مؤقتًا، وقال

= وصححه الألباني في الإرواء (٦/ ٥٢).

(١) سقط في جـ.

(٢) سقط في د.

(٣) في جـ: والمذكور في أكثر.

(٤) في جـ: الكتاب.

(٥) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٦)، برقم (٢٣/ ١٦٢٥)، وأبو داود (٣٥٥٥)، في الموضع السابق.

(٦) سقط في د.

(٧) في د: قال.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في جـ.

(١٠) في التنبيه: رجع.

(١١) سقط في د.

القاضي أبو الطيب: إنه أشبه [الوجوه][(١)] بالسنة.

وفي «التهذيب»: أن أبا إسحاق قال في القديم: إنها تكون عارية متى شاء استردها، فإذا مات عادت إلى المعمِر، وهو قريبٌ من وجه حكاه الروياني تفريعًا على القول الأخير في أن المعمر لا يملك الانتفاع بها مدة حياته مع وجه آخر: أنه يملك، وصحح الأول، وعلى هذا [يجتمع في المسألة][(٢)] أربعة أوجه.

قال: وإن قال: جعلتها لك حياتك، فإذا مت رجعت إليَّ - بطل في أحد القولين[(٣)]؛ لمنافاة الشرط لها؛ فإن مقتضى الملك أن تنتقل بعد الموت إلى ورثة المالك، وصح في الآخر، وترجع إليه بعد موته، أي: على قولنا بالقول الأخير من القولين في القديم؛ لأن هذا مؤكد لمقتضى العقد، وقد بنى القاضي أبو الطيب والقاضي الحسين والبندنيجي وابن الصباغ القولين على قولنا: إن العقد باطل في الصورة السابقة، كما قلنا: إن الوجه الثاني مبنيٌّ على القول بالصحة في الصورة السابقة، وتكون للمعمَر في حياته، وترجع إلى المعمِر أو إلى ورثته [إن كان قد مات بعد الموت][(٤)]. وقالوا: إنا إذا فرعنا على الجديد في الصورة السابقة، فالعقد صحيح [ها][(٥)] هنا أيضًا، وتكون له ولورثته من بعده؛ لعموم الحديث والشرط الذي ذكره، فليس هو المعمَر[(٦)] الذي يملك العمرى، وإنما هو شرط على إنسان آخر غيره وهو الوارث، ولا حق له في الحال؛ فكان وجوده وعدمه سواء، [وقد حكى المراوزة في هذه الحالة وجهًا: أن العقد باطل، ورجحه ابن كج [والمتولي][(٧)]][(٨)]، وبه جزم الماوردي، مع حكايته الخلاف عند الإطلاق في الصورة السابقة؛ كما ذكرناه، ولمن اختار هذا الوجه تفريعًا على الجديد [في الصورة السابقة، أن يقول: في المسألة وجهان:

أحدهما: البطلان؛ بناء][(٩)] على الجديد، وأحد قولي القديم.

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: مجتمع.
(٣) في التنبيه: الوجهين.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: على العمرى.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في د.

والثاني - وهو القديم-: أنه يصح، ويكون للمعمَر في حياته، فإذا مات رجعت إلى المعمر أو إلى ورثته إن كان قد مات - كما حكاه الشيخ - ولا يقال له: إنك ما فرعت على الجديد، بل ذكرت التفريع على القديم خاصة، كما أُورِدَ على الشيخ، على [أني سأبين](١) في كلام الشيخ ما يعرفك الحكم في هذه المسألة على الجديد كما ذكره الجمهور، والله أعلم.

فرع: إذا أثبتنا الملك للمعمَر، وقيدناه بالحياة، فلو باع ما ملكه، ثم مات والعين مبيعة - قال الإمام: يحتمل أن يقال: لا ينفذ بيعه؛ فإن مقتضى البيع إذا صح التأبيدُ، وهذا لا يسعه الملك المؤقت، وليس له أن يملِّك غيره ما لا يملكه في نفسه؛ فإذن له الانتفاع، وله وطء الجارية التي جرى الإعمار فيها، وليس له أن يبيع.

ويجوز أن يقال(٢): بيعه نافذ محمول على التأبيد الذي يقتضيه البيع.

ولعل الأصح الأول، و الذي أجاب به ابن كج الثاني.

وعلى هذا قال الرافعي: ويشبه أن يرجع المعمر في تركته بالغرم، رجوع الزوج إذا طلق وقد خرج الصداق عن ملكها.

فرع: لو قال: ملكتك هذه الدار بمائة دينار [عمرك](٣)، قال في «الإفصاح»: لا يصح. وبه قال ابن سريج.

وحكى [عن](٤) ابن خيران: أنه يصح؛ قاله في «البحر».

وأبدى ابن كج قول ابن خيران احتمالًا لنفسه.

تنبيه: العُمْرَى مأخوذة من العمر، والرُّقْبَى من المراقبة؛ كأن كل واحد منهما يراقب موت صاحبه، وقد كانا عَقْدَيْن في الجاهلية، ويقال: عُمُر: بضم العين والميم، وعُمْر: بضم العين وإسكان الميم، وعَمْر: بفتح العين.

قال: وإن قال: أرقبتك هذه الدار: فإن مت قبلى عادت إليَّ، وإن مت قبلك استقرت لك - صح، أي: على الجديد، **ويكون حكمه حكم العمرى**، لما روى أبو

---

(١) سقط في ج.
(٢) في د: ينقل.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.

داود عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: [«الْعُمْرَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا، وَالرُّقْبَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا»[١] وأخرجه ابن ماجه والنسائي، وقال الترمذي: إنه حسن. وروى أبو داود عن زيد بن ثابت قال: قال رسول الله ﷺ][٢]: «مَنْ أُعْمِرَ شَيْئًا، فَهُوَ لِمُعْمَرِهِ، مَحْيَاهُ وَمَمَاتَهُ، وَلَا تُرْقِبُوا، وَمَنْ أَرْقَبَ فَهُوَ سَبِيلُهُ»[٣].

ومراد الشيخ بالعمرى المذكورة في هذا الفصل: الصورة الأخيرة، لا العمرى المشروط فيها أن تكون لوارث المعمر بعد موته، ولا المطلقة؛ لأن ما ذكره من صورة الرقبى وجد فيها شرط العود بعد الموت، بخلافهما، وإذا كان كذلك كان كلام الشيخ هاهنا مفهمًا لأمرين:

أحدهما: أن العمرى في الصورة السابقة يكون الصحيح فيها الصحة، كالخالية عن الشرط، كما صرح به [غيره][٤]، وذلك مستنبط من قوله هنا: صح.

والثاني: أن الخلاف المفرع على القولين في صورة العمرى [يجري هاهنا][٥] أيضًا، كما صرح به الأصحاب؛ لقوله: ويكون حكمه حكم العمرى.

[لكن][٦] قال الأصحاب: إنا إذا قلنا ثَمَّ: يرجع إلى المعمِر بعد وفاة المعمَر، [نقول هاهنا: إن مات المرقَب أولًا عادت إلى المرقِب، وإن مات المرقِب أولًا استقرت على][٧] ملك المرقَب، وتكون لورثته من بعده، وبهذه الحالة فارقت الرقبى العمرى، كما قاله القاضي أبو الطيب وصاحب «البحر»، والمذكور في «الحاوي» في

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٣١٨)، كتاب البيوع، باب: في الرُّقبى (٣٥٥٨)، والترمذي (٣/ ٢٦)، أبواب الأحكام، باب: ما جاء في الرقبى (١٣٥١)، وابن ماجه (٤/ ٥٤)، كتاب الهبات، باب: الرقبى (٢٣٨٢)، والنسائي (٦/ ٢٧٤) كتاب العمرى، باب: ما ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمرى، وأحمد (٣/ ٣٠٣)، وابن الجارود (٩٨٩)، وأبو يعلى (١٨٥١)، من طريق أبي الزبير عن جابر به، وإسناده صحيح لولا عنعنة أبي الزبير.

(٢) سقط في ج.

(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٣١٨)، كتاب البيوع، باب: في الرقبى (٣٥٥٩)، والنسائي (٦/ ٢٧٠)، كتاب الرقبى، باب: الاختلاف على أبي الزبير، وابن ماجه (٤/ ٥٣)، كتاب الهبات، باب: العمرى (٢٣٨١)، وأحمد (٥/ ١٨٢، ١٨٩)، وعبد الرزاق (١٦٨٧٣، ١٦٨٧٤)، والبيهقي (٦/ ١٧٤، ١٧٥)، وإسناده صحيح.

(٤) سقط في ج.

(٥) في ج: هنا.

(٦) سقط في ج.

(٧) سقط في د.

صورة مسألة الكتاب من الرقبى: الجزم بالبطلان، وحكاية الخلاف فيما إذا قال: جعلت هذه الدار رقبى، فالجديد الصحة، والقديم: البطلان، كما حكى مثله فيما إذا قال: جعلت هذه الدار [لك](١) عمري.

قال: ولا يصح شيء من الهبات إلا بالإيجاب والقبول؛ لأنه تمليك ناجز؛ فافتقر إلى الإيجاب والقبول؛ كالبيع والنكاح.

وعن ابن سريج: أن القبول في الهبة يجوز تأخيره عن الإيجاب؛ كالوصية؛ كذا حكاه ابن الصباغ، وكذا الرافعي عن كثير من أصحابنا.

وفي «تعليق» البندنيجي حكايته(٢) عن ابن سريج في قبول الهدية(٣)؛ لأن ذلك عادة الهدايا، وكذلك(٤) قال في «التتمة»: ومنع التأخير في الهبة جزمًا.

وجمع الشيخ الهبة؛ لتنوعها إلى: هبة يقصد بها التقرب إلى الله - تعالى - وهي الصدقة، وإلى هبة تحمل إلى الموهوب؛ منه لقصد تعظيمه وهي الهدية، وإلى هبة(٥) خالية عن ذلك وهي المفهومة(٦) عند الإطلاق من هذا اللفظ، وهذه طريقة الشيخ أبي حامد، كما صرح بها(٧) المحاملي في «المجموع»، وكذا القاضي أبو الطيب حيث قال في «التعليق»: إن صدقة التطوع لا بد فيها من الإيجاب والقبول.

وحكى ابن الصباغ عن الشيخ أبي حامد: أنه قال: إذا أراد [أن يملك](٨) الهدية، وَكَّلَ(٩) الرسول الحامل لها حتى يوجب، فيقبل المهدى إليه.

وجزم في «الحاوي» بأن الهبة تفتقر إلى إيجاب وقبول، وفي الهدية بعدم ذلك، ويكفي فيها الأخذ والدفع بالرضا، سواء كان الدافع المهدِي، أو رسوله، إذا غلب على ظن المهدَى إليه صدقه، ويجوز له التصرف فيها، وبهذا أجاب الفوراني والمتولي والبغوي، وكذا القاضي الحسين، وصرح بمثله في الصدقة أيضًا، [وقال

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: حكاية.
(٣) في د: الهبة.
(٤) في د: ولذلك.
(٥) في جـ: حالة.
(٦) في جـ: الموهومة.
(٧) في جـ: به.
(٨) في جـ: تملك.
(٩) في د: وكان.

الإمام في باب الزكاة: إن الظاهر في صدقة التطوع: أنه لا حاجة إلى اللفظ فيها؛ تشبيهًا بصدقة الفرض، وأنه الذي عمل به الكافة][١] واختار ابن الصباغ أنه لا يفتقر في الهبات المذكورة إلى إيجاب وقبول، بل إذا وجد ما يدل على ذلك[٢] كفى.

واستشهد له في كتاب النفقات بأن الشافعي - رضي الله عنه - قال فيما إذا دفع الوثني إلى زوجته نفقة مدة، ثم أسلم، وتخلفت[٣] حتى انقضت عدتها، [وطالبها بالنفقة][٤] فقالت: إنما دفعت لي هبة، وقال: بل سلفًا في النفقة - ينظر: إن كان حين[٥] دفع شرط أنها نفقة مستقبلة كان عليها ردها، وإن أطلق لم يكن عليها الرد؛ لأنه متطوع، وهذا يقتضي أن الهبة لا تفتقر إلى لفظ الهبة والإيجاب والقبول؛ فإنه جعله متطوعًا عند الإطلاق.

ثم قال: وما قاله الشيخ أبو حامد والقاضي فغير مستقيم؛ لأنه خلاف ما نقل عنه ﷺ وما أجمع المسلمون عليه، فإنه كان يُهْدَى إليه - عليه السلام - وكان يقبضه، ويتصرف فيه، ولم ينقل في [شيء من][٦] ذلك إيجاب ولا قبول ونقل أنه ﷺ تصدق، ولم ينقل عنه التلفظ، ولا يمكن[٧] حمل ما فعله السلف على الإباحة؛ لأن الإباحة تختص بالمباح له، وقد كان - عليه السلام - يتصرف فيما يهدى إليه.

ثم صريح الإيجاب: وهبتك، وأعمرتك، وأرقبتك، ومنحتك، وكذا ملكتك بلا ثمن، وفي قوله: أطعمتك هذا الطعام فاقبضه، وجهان، أحدهما: أنه ليس بصريح حتى لو قبضه ثم قال: لم أرد به الهبة، [قبل قوله][٨]، كما حكاه في «الزوائد» عن الطبري.

فروع:

إذا وهب الأب لولده الذي في حجره شيئًا، فهل يفتقر إلى الإتيان باللفظ أم يكفي فيه النية؟

وإذا افتقر، فهل يحتاج إلى إيجاب وقبول، أم يكفي أحدهما؟ فيه [وجهان تقدم

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: الملك.
(٣) في جـ: وتخلف.
(٤) في جـ: وطالبها.
(٥) في جـ: هو.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: يمكنه.
(٨) في جـ: قيل قبوله.

ذكرهما][1] في البيع.

قال الإمام: ومحل الخلاف في الاكتفاء بالقبول [إذا كان يمكن الابتداء به: كقوله: اشتريت، واتَّهَبْت لولدي.

وفي «فتاوى» القاضي][2] الحسين: أنه إذا قال لولده الصغير: وهبت هذا منك، حكاية وجهين:

أحدهما: لا يصح، حتى لو قبل [له][3] الأب بعد ذلك لم يصح.

والثاني: أنه يصح.

وعلى هذا: هل يحتاج إلى القبول؟ فيه وجهان.

إذا وهب رب الدين من الذي عليه الدين ما له عليه من دين، فهل يفتقر إلى القبول؟ إن قلنا: إن الإبراء يفتقر إليه - كما حكي عن ابن سريج - فنعم، وإلا فوجهان حكاهما البندنيجي عن ابن سريج:

أحدهما - ويحكى عن ابن أبي هريرة أيضًا: نعم، وهو ما[4] قال الإمام في كتاب الرهن في آخر مسألة استعارة العبد ليرهن بدين: إنه الأصح.

والثاني - وهو المذهب في «الشامل»-: لا.

قال البندنيجي: ويبرأ بنفس الهبة؛ كصدقة التطوع. وكأنه يشير بذلك إلى ما ذكره ابن سريج وحكاه ابن الصباغ عن الشيخ أبي حامد: أنه إذا قال: تصدقت عليك بما لي من دين - فأنه يصح، وتبرأ ذمته، كما لو أبرأه.

فرع: [إذا ختن ولده][5] واتخذ دعوة، فحملت إليه الهدايا[6]، ولم يسم أصحابها الأب ولا ولده - حكى العبادي في «زياداته» وجهين:

أحدهما: أنها للأب.

والثاني: أنها للابن، وبه أجاب القاضي الحسين في «فتاويه»، وفيها أن الشيخ أبا إسحاق الشيرازي أفتى بالأول.

---

(١) في د: خلاف ذكرنا مثله.
(٢) في د: للقاضي.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: كما.
(٥) في جـ: إذا أخبر.
(٦) في جـ: هدايا.

وفي «فتاوى» الغزالي: أن خادم الصوفية الذي يتردد في الأسواق ويجمع لهم شيئًا، يملكه دونهم؛ لأنه ليس بولي ولا وكيل عنهم(١)، سيما وهم غير محصورين، لكن الأولى به الصرف إليهم، فإن لم يفعل كان لهم منعه(٢) من أن يأخذ على اسمهم [شيئًا](٣).

[إذا سُيِّرت الهدية](٤) في ظَرْف جرت العادة بتركه، مُلِكَ مع الهدية، وإلا فلا يملك، قاله الماوردي.

وقال القاضي الحسين: إن الوعاء يكون في يده أمانة، ويستحب رده في الحال؛ لقوله - عليه السلام-: «استديموا الهَدَايا بردِّ الظُّروف»(٥).

فإن استعمله نظر: [فإن كانت](٦) تلك الهدية مما جرت العادة بإخراجها عن الظرف في الحال، مثل: الحبوب، ونحوها - ضمن، وإن كانت(٧) مثل المَرَقة ونحوها، وجرت العادة بأن تؤكل(٨) في ذلك الوعاء - فلا ضمان.

نعم: إذا استعمله في غير الهدية ضمن.

وفي «التهذيب» فيما إذا كانت العادة جارية بأكل [المهدَى](٩) في الظَّرْف، كان في يده كالمستعار.

وإذا نفَّذ كتابًا إلى حاضر أو غائب، قال المتولي: إن استدعى منه الجواب على ظهره، فلا يملك الكاغد، وعليه ردُّه(١٠)، وإلا فهو هدية يملكُها المكتوب إليه.

وذكر غيره: أنه يبقى على ملك الكاتب، وللمكتوب إليه(١١) الانتفاع [به](١٢) على سبيل الإباحة؛ وهذا تخريج على طريقة الشيخ أبي حامد.

قال: **ولا يملك المال فيه إلا بالقبض**؛ لما روى مالك عن الزهري عن عروة عن

---

(١) في جـ: عليهم.
(٢) في جـ: منفعة.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: إذا أسيرت.
(٥) ذكره الأصفهاني في محاضرات الأدباء (١/ ٤٩٨).
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ، د: كان.
(٨) في جـ، د: يؤكل.
(٩) سقط في د.
(١٠) في جـ: برده.
(١١) في جـ: عليه.
(١٢) سقط في جـ.

عائشة - رضي الله عنهم - أن أبا بكر - رضي الله عنه - نَحَلَها عشرين وَسْقًا [من ماله؛ أي: قدرًا من النخل تجد منه][١] عشرين وسقًا - كما بينه القاضي الحسين - فلما مرض قال: يا بُنَيَّةُ، ما أحد أحب إليَّ غِنًى بعدي منك، ولا أحد أعز علي [فقرًا منك][٢]، وإني كنت نحلتك [جِدَادَ][٣] عشرين وسقًا وَددتُ أنك خزنتِه أو قبضتِه وهو اليوم مال الوارث، وهما أخواك وأختاك، فاقتسماه على كتاب الله، فقلت: عرفت أخوي محمد وعبد الرحمن وأختي أسماء، فمن الأخرى؟ فقال: ألقى [الله][٤] في رُوعي - وفي رواية: إن روح القدس نَفَثَ[٥] في رُوعي-: أن ذات بطن [بنتِ خارجةَ][٦] جاريةٌ[٧].

فلو كانت الهبة تلزم بنفسها قبل القبض لم يكن لقوله: «وددت لو خزنته [أو قبضته»][٨] معنىً، ولما كان تَرِكَةً.

وقد روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: لا تتم النِّحلة حتى [يحوزها المنحول][٩] له[١٠].

وروي مثل ذلك عن عثمان، وابن عمر، وابن عباس، وأنس بن مالك، ومعاذ الغازي، وعائشة[١١]، ولا يُعرف لهم مخالف، ولأنه عقد إرفاق مفتقر إلى القبول؛ فافتقر إلى القبض كالقرض، ولأنه هبة غير مقبوضة فلا تلزم؛ كما لو مات وقد، وافق الخصم - وهو الإمام مالك، رضي الله عنه - على عدم لزوم ذلك الوارث.

ولا فرق في ذلك بين سائر الهبات بالاتفاق من أصحابنا، حتى قالوا: لو أرسل إلى شخص هدية، ثم استرجعها قبل أن تصل إليه، أو مات - لم يملكها المهدَى إليه؛ استدلالًا بما روى أنه ﷺ أهدى للنجاشي ثلاثين أوقية مسكًا، فمات قبل أن تصل

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: فقد أمنك.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ج: ثبت.
(٦) في ج: بيت جارحة.
(٧) أخرجه مالك (٢/ ٧٥٢)، كتاب الأقضية: باب ما لا يجوز من النحل، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٧٠).
(٨) سقط في د.
(٩) في ج: يجوزها المنحول.
(١٠) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٧٠) بنحوه.
(١١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٧٠) بنحوه.

إليه، فردت إليه - عليه السلام - فأعطى[(١)] كل واحدة من نسائه أوقيةً، ودفع لأم سلمة سائره[(٢)].

ولا يشترط في القبض الفور، بل يجوز على الفور وعلى التراخي.

[ثم][(٣)] اعلم أن ما ذكره الشيخ من كون المال لا يملك إلا بالقبض هو ظاهر المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وهو الصحيح في «تعليق» أبي الطيب وغيره، ووراءه قولان:

أحدهما - حكي عن القديم-: أن الملك يحصل بنفس العقد، كمذهب مالك، ويحكى عن رواية عيسى بن أبان.

والثاني - حكاه العراقيون والمراوزة-: أن الملك موقوف على أن يوجد القبض، فإذا وجد تبينًا حصول الملك من وقت العقد، وهذا مخرج مما ذكره فيما إذا وهب عبدًا في آخر رمضان، وأقبضه بعد الغروب - كانت زكاة الفطر على الموهوب له.

قال البندنيجي: وهذا غلط؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - فَرَّع مسألة [زكاة][(٤)] الفطر على مذهب[(٥)] مالك، وثمرة الخلاف تظهر في الزوائد والفوائد.

ثم كيفية القبض في العقار والمنقول كما قدمناه في البيع، وقد حكينا ثَمَّ قولًا أن التخلية في المنقولات قبض.

قال في التتمة: ولا جريان لذلك القول هنا، والفرق: أن القبض في المبيع[(٦)] مستحق، والمشتري مطالِبٌ [به][(٧)]؛ فجاز أن يجعل قابضًا بالتمكين، وفي الهبة القبض غير مستحق؛ فاعتبر تحقيقه، ولم يكتف بالوضع بين يديه؛ ولهذا لو أتلف المتهب الموهوب لم يصر قابضًا، بخلاف المشتري [إذا أتلف][(٨)] المبيع.

---

(١) في جـ: وأعطى.

(٢) أخرجه أحمد (٦/ ٤٠٤)، وسعيد بن منصور في سننه (٤٨٥)، وابن حبان (١١/ ٥١٥)، برقم (٥١١٤)، والحاكم (٢/ ١٨٨)، وفي إسناده مسلم بن خالد الزنجي والجمهور على تضعيفه. ينظر: الميزان (٦/ ٤١٣، ٤١٤).

(٣) سقط في جـ.

(٤) سقط في جـ.

(٥) في د: قول.

(٦) في د: البيع.

(٧) سقط في د.

(٨) في جـ: بخلاف.

وما ذكره قد حكينا مثله عن القاضي الحسين، وحكينا عن الإمام ثم أن الأصحاب طردوا قول الاكتفاء بالتخلية في الهبة أيضًا؛ مَصِيرًا إلى أن صورة القبض لا تختلف، ولو أمر[١] الواهب المتهب بإعتاق العبد الموهوب فأعتقه نفذ، وكان قبضًا.

فرع: إذا صححنا هبة الدين المستقرض من غير مَنْ هو عليه، فهل يلزم بغير[٢] القبض أو[٣] لا بد منه؟ فيه وجهان:

المختار في «المرشد»: الافتقار[٤].

وإذا قلنا بمقابله فوجهان:

أحدهما: أنه يلزم بمجرد الإيجاب والقبول.

والثاني: لا بد من تسليط بعد العقد وإذن مجدد، ويكون ذلك كالتخلية في الأعيان التي لا يمكن نقلها.

قال: **ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب**؛ لأنه سبب ينتقل به الملك فلا يجوز من غير رضا المالك، وبالقياس على الرهن، ولأن[٥] القبض في البيع آكد من القبض في الهبة، ثم يثبت أنه لو قبض المبيع قبل تسليم الثمن كان القبض فاسدًا، ويلزمه رده، فهذا أولى. فإن قبضه[٦] بغير إذنٍ كان عاصيًا.

ثم ظاهر كلام الشيخ: أنه إذا أذن له في القبض فقبض كفى، و[به][٧] صرح القاضي الحسين وغيره.

وفي «الحاوي» في كتاب العارية: أن الهبة لا تصح إلا بإقباضٍ من الواهب أو وكيلِهِ فيه، ولا يصح الإذن في القبض من غير إقباض، وتصح العارية بالإقباض والإذن[٨] فيه من غير إقباض. والفرق: أن قبض المستعير لا يزيل ملك الغير[٩]؛ فجاز أن يأذن بالتصرف فيه، والقبض في الهبة مزيل للملك؛ فلم يتم إلا بإقباض الواهب.

وما قاله من الفرق قد ينازع فيه؛ فإن القاضي أبا الطيب عَدَّ من جملة أنواع الهبة

---

(١) في ج: أقر.
(٢) في د: بدون.
(٣) في د: أم.
(٤) في ج: الاقتصار.
(٥) في ج: فلأن.
(٦) في د: أقبضه.
(٧) سقط في ج.
(٨) في د: وبالإذن.
(٩) في ج: العين.

العارية؛ فإنها هبة المنافع، وقبضها يكون باستيفائها؛ فقد صار القبض في العارية[(١)] مُمَلِّكًا أيضًا، وهذا ما أورده ابن الصباغ في كتاب العارية في ضمن مسائل الاختلاف، لكن الإمام ضعفه[(٢)] واستبعده.

فرع: ذكر القاضي أبو الطيب في «المنهاج»: لو قال: وهبتك هذه الدار وسلطتك على قبضها، فقال الموهوب له: قبلت - صحت[(٣)] الهبة.

قال العمراني في «زوائده»: وأشار الشيخ أبو إسحاق في «تعليقه» في الخلاف إلى ذلك.

وقال الفقيه زيد بن عبد الله اليفاعي[(٤)]: إنه لا يصح؛ لأنه فصل بين الإيجاب والقبول؛ ولأن الإذن بالقبض وجد قبل تمام العقد؛ فهو كما لو أذن له بالقبض قبل الإيجاب.

قال: فإن وهب منه شيئًا في يده أو رهنه عنده، لم يصح القبض [حتى يأذن][(٥)] [الواهب][(٦)] فيه، ويمضي زمان يتأتى فيه القبض.

أما افتقاره إلى الإذن؛ فلأنه[(٧)] عقد يفتقر لزومه إلى القبض، فافتقر[(٨)] القبض فيه إلى الإذن كما لو لم تكن العين[(٩)] في يده.

وأما افتقاره إلى مضي زمان يتأتى فيه القبض؛ فلأن القبض حقيقةً يحصل بالاستيفاء، وبمضي الزمان يتأتى فيه الاستيفاء؛ فإذا لم يتحقق واحد[(١٠)] منهما لم يكن القبض محققًا حقيقة ولا حكمًا.

وقيل: في الرهن لا يصح إلا بإذن، وفي الهبة يصح من غير إذن، وهذا نصه

---

(١) في د: الهبة.

(٢) في د: ثم.

(٣) في جـ: صحة.

(٤) هو: زيد بن عبد الله بن جعفر اليفاعي، اليمني، كان فاضلا في الفقه والفرائض والحساب، ارتحل إلى مكة، صاحب العدة والبندنيجي صاحب المعتمد، توفي سنة أربع عشرة أو خمس عشرة وخمسمائة.
ينظر: طبقات ابن قاضي شهبة (١/ ٢٨٢)، وطبقات السبكي (٧/ ٨٦).

(٥) في جـ: بإذن.

(٦) سقط في التنبيه.

(٧) في جـ: فلا بد.

(٨) في جـ: وافتقر.

(٩) في جـ: الغير.

(١٠) في جـ: أحد.

فيهما؛ لأن الهبة عقد يزيل الملك فلم يفتقر إلى الإذن[(١)] لقوته، والرهن لا يزيل الملك فافتقر إلى الإذن لضعفه، وهذا ضعيف؛ بدليل استوائهما في الافتقار إلى الإذن إذا لم تكن العين في يده.

وقيل: فيهما قولان، [و][(٢)] وجه عدم الافتقار: أنه لما لم يفتقر إلى نقل مستأنف [لم يفتقر إلى إذن مستأنف][(٣)]، ووجه الافتقار - وهو الصحيح-: ما تقدم. والفرق بين الاحتياج إلى [الإذن دون النقل][(٤)] أن النقل يراد ليصير في يده وذلك موجود، والإذن يراد ليتميز قبض الهبة والرهن[(٥)] من قبض الوديعة والعارية والغصب، وذلك لا يحصل إلا بالإذن[(٦)]، وهذه طريقة أبي إسحاق، وأكثر الأصحاب - كما حكاه الماوردي - وقد تقدم في الرهن تفاريع ذلك؛ فليطلب منه.

قال: **وإن مات الواهب قبل القبض قام الوارث**[(٧)] **مقامه: إن شاء أقبض، وإن شاء لم يُقبض** يعني[(٨)]: ولا يبطل العقد؛ لأن الهبة عقد يئول إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت؛ كالمبيع المشروط فيه الخيار، وهذا ما عليه أكثر الأصحاب، وحكاه القاضي الحسين عن النص.

وقيل: ينفسخ العقد؛ لأنها جائزة قبل القبض فانفسخت بالموت كالوكالة والشركة.

قال: **وليس بشيء؛** لما ذكرناه، ويخالف الوكالة الشركة؛ لأنهما لا يئولان إلى اللزوم.

وقال بعض أصحابنا: محل جريان الخلاف إذا قلنا: بحصول الملك بنفس العقد إذا وجد القبض، أما إذا قلنا: لا يحصل الملك إلا عقيب القبض، بطل بلا خلاف؛ كما لو مات بين الإيجاب والقبول.

[و][(٩)] قال الرافعي: والخلاف في الأصل يجري فيما لو مات الموهوب له قبل

---

(١) في د: إذا.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: تجديد النقل وتجديد الإذن.
(٥) زاد في جـ: من غيره.
(٦) في جـ: بإذن.
(٧) في جـ: وارثه.
(٨) في جـ: أي.
(٩) سقط في د.

القبض، وفيما إذا جُنَّ أحدهما أو أغمي عليه.

وقد ذكرت في باب الرهن فروعًا مشابهة[(١)] لما نحن فيه؛ [فلتطلب منه][(٢)].

فرع: ذكره الشافعي - رضي الله عنه - في الإقرار والمواهب[(٣)]، كما صرح به ابن الصباغ والبندنيجي [والقاضي][(٤)] وغيرهم:

إذا قال: وهبت لفلان هذه الدار وخرجت إليه منها، لم يكن ذلك إقرارًا بالقبض، [وكذا إذا قال: وهبت هذا من فلان وملكه لم يكن إقرارًا بالقبض][(٥)]؛ لأنه قد يكون مالكُها[(٦)] يعتقد أن الملك يحصل بالعقد؛ فلا يكون هذا إقرارًا بالقبض؛ فيُرْجَعُ في التفسير إليه.

قال: **وإن وهب الأب أو الأم أو أبوهما أو جدهما شيئًا للولد وأقبضه - جاز له أن يرجع فيه**، أي: إذا كان خاليًا عن تعلق حق الغير [به][(٧)].

أما في الأب؛ فلما روى أبو داود عن ابن عباس وابن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال: «لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا، إِلَّا الْوَالِدَ [فِيمَا][(٨)] يُعْطِي وَلَدَهُ، وَمَثَلُ الَّذِي يُعْطِي الْعَطِيَّةَ، ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا كَالْكَلْبِ[(٩)] يَأْكُلُ فَإِذَا شَبِعَ قَاءَ ثُمَّ عَادَ فِي قَيْئِهِ»[(١٠)]. وأخرجه النسائي وابن ماجه، وقال الترمذي: حسن صحيح.

وأما فيمن[(١١)] عداه؛ فلأنهم كهو في حصول العتق، ووجوب النفقة، وسقوط

(١) في د: متشابهة.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: والموهب.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: مالكنا.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في جـ.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) أخرجه أبو داود (٢/ ٣١٣) كتاب البيوع: باب ما جاء في الرجوع في الهبة (٣٥٣٩)، والترمذي (٤/ ٤٤٢) كتاب الولاء والهبة، باب: كراهية الرجوع في الهبة، برقم (٢١٣٢)، وابن ماجه (٣/ ٥١) كتاب الهبات: باب من أعطى ولده ثم رجع فيه (٢٣٧٧)، والنسائي (٦/ ٢٦٥) كتاب الهبة: باب هبة المشاع، وأحمد (١/ ٢٣٧)، وابن الجارود (٩٩٤)، وأبو يعلى (٢٧١٧)، والحاكم (٢/ ٤٦)، وصححه.
وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.
(١١) في د: فيما.

القصاص؛ فكانوا كهو هاهنا أيضًا، وهذا هو الصحيح، وبه جزم ابن الصباغ، ووراءه أمور [أُخَر][(١)]:

[أحدها][(٢)]: حكى الماوردي وغيره عن ابن سريج أن الأب لا يثبت له الرجوع إلا[(٣)] إذا قصد[(٤)] بهبته استجلاب بِرٍّ أو دفع عقوق، ولم يحصل غرضه.

أما إذا لم يقصد ذلك وأطلق الهبة فلا رجوع له. وخُطِّئ فيه.

الثاني: لا يثبت لغير الأب الرجوع على قولٍ؛ اقتصارًا على مورد النص.

الثالث: قطع قاطعون بثبوت الرجوع للأم مع الأب خاصة؛ لأنها كالأب في كون الولد منها، بل ولادتها متيقَّنة[(٥)]، وانتسابه إلى الأب ظاهر.

الرابع: قطع آخرون[(٦)] بثبوت الرجوع [للجد أب الأب][(٧)]، وخصُصِّ الخلاف بالأم [وأقاربها][(٨)] وأمهاتها وأمهات الأب، وهذا ما أورده المتولي.

ولا فرق في جواز الرجوع بين أن يكون الوالد والولد متفقَيْن في الدين أو مختلفين، ولا بين الهبة والهدية.

فروع:

إذا وهب من غلام ولده، ثبت له الرجوع، بخلاف ما لو وهب من مكاتبه.

إذا [ادعى اثنان][(٩)] مولودًا أو وهبا منه شيئًا فلا رجوع [لواحدٍ منهما، ويحتاج إلى أن يقبلا له هبة كل واحد منهما؛ كما سنذكره في الوصية][(١٠)]، فإن ألحق بأحدهما ففي جواز الرجوع له وجهان، وجه المنع: أن الرجوع لم يكن ثابتًا في الابتداء، حكاه الماوردي وغيره.

إذا أبرأ ابنه من دينٍ له عليه، فلا رجوع [له][(١١)] إن قلنا: إن الإبراء إسقاط، وإن

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: أما.
(٤) زاد في ج: به.
(٥) في ج: متبقية.
(٦) في ج: قاطعون.
(٧) في د: إلى الجد للأب.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في د.
(١١) سقط في د.

قلنا: تمليك، ثبت؛ ذكره المتولي، وعلى هذا ينبغي أن يتخرج ما إذا وهب من فقيرٍ ما له عليه [من][١] دين بنية الزكاة، وإن كان صاحب «التهذيب» قد جزم بعدم الإجزاء.

إذا وهب من ولده شيئًا بشرط الثواب، ولم يعين الثواب، فأثابه الابن - قال القاضي الحسين: ينبغي ألا ينقطع الرجوع؛ لأن الرجوع إنما يثبت[٢] بالبعضية، والبدل[٣] لا يقطعها، وتصير هبة الابن للأب ابتداء عطية من جهته.

إذا وهب لأولاده، وأراد الرجوع في هبة بعضهم: فهل يكره؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ كما تكره هبة بعضهم دون بعض.

والثاني: لا؛ لأن الخبر إنما ورد في التسوية في العطاء [لا][٤] في المنع، قاله الماوردي.

قال: **وإن تصدق عليه** أي: صدقة [تطوع][٥]، **فالمنصوص** أي: في «حرملة» - كما قاله القاضي أبو الطيب-: **أن له أن يرجع**؛ لما ذكرناه من أن صدقة التطوع نوع من الهبة فاندرجت تحت الخبر.

وقيل: لا يرجع؛ لأن القصد بالصدقة إنما هو التقرب إلى الله تعالى فلم يمكن[٦] من الرجوع فيه كالعتق[٧]، والقصد بالهبة إصلاح حال الولد، وربما كان الإصلاح في الاسترجاع.

قال: **وإن زاد الموهوب** [له][٨] **زيادة متميزة رجع فيه دون الزيادة**؛ لأنها حدثت على ملك الولد فلم تكن موهوبة، وهذا إذا لم يكن الولد مجيبًا[٩] حالة الهبة، أما إذا كان [مجيبًا][١٠] فقولان.

ولو كانت الزيادة متصلة لم تمنع الرجوع، وكانت للواهب.

وحكى صاحب «العدة» عن شيخه حكاية وجه: أن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع في الهبة.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: ثبت.
(٣) في د: فالبدل.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: يمنع.
(٧) في جـ: كالمعتق.
(٨) سقط في د.
(٩) في د: محتاجًا.
(١٠) سقط في د.

وعلى هذا: لو اختلفا فالقول قول المتهب، قاله في «الزوائد».

ولو كان الحيوان الموهوب حاملًا حين الرجوع فهل يكون الحمل للواهب أو للولد؟ فيه خلاف في «الحاوي» هنا، وقد قدمت ذكره من قبل.

ثم إذا قلنا: الحمل للولد، فهل يرجع الواهب في الحال، [أو يصبر إلى أن ينفصل؟ فيه وجهان في «التهذيب»، أصحهما في «تعليق» القاضي الحسين: أن يرجع في الحال][(١)]، وبه جزم ابن الصباغ.

قال: **وإن أفلس الموهوب له وحجر عليه فقد قيل: يرجع**؛ لبقائها على ملك الولد وسبق حقه؛ فإن الغرماء إنما يثبت[(٢)] حقهم بالحجر، وحق الرجوع بنفس الإقباض، **وقيل: لا يرجع** كما لو رهنه، وهذا هو الأصح في «الرافعي» و«تعليق» القاضي الحسين و «الشامل».

قال: **وإن كاتب الموهوب [له][(٣)] أو رهنه لم يرجع فيه**؛ لتعلق حق الغير به قبل الرجوع فأشبه البيع، ومنهم من خرج الرجوع في الكتابة على جواز بيع المكاتب.

قال في «الذخائر»: والمذهب الرجوع، فإذا جوزنا لا تبطل الكتابة.

ثم قال بعض أصحابنا: إذا جوزنا بيع المكاتب يبقى مكاتبًا في حق المشتري حتى يعتق بأداء النجوم إليه، وأما في [حق][(٤)] الرجوع، ففيه احتمال من حيث إن الرجوع يعتمد رقبة العبد؛ فيكاد[(٥)] أن يكون رجوعًا في نجومه، وحكى الإمام وجهًا في جواز الرجوع مع بقاء الرهن، كما حكيناه في جواز الهبة مع وجوده، لكنه يكون موقوفًا.

قال: **حتى تنفسخ الكتابة وينفك الرهن**؛ لصفاء الملك عن الحقوق المانعة، وقد ادعى الماوردي نفي الخلاف في جواز الرجوع بعد زوال الكتابة.

وفي «المجرد» للقاضي أبي الطيب حكاية وجه: أنه لا يجوز الرجوع، وطرده الإمام فيما لو انفك الرهن أيضًا.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: ثبت.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: ويكاد.

وتعلُّق الجناية برقبة العبد الموهوب كرهنه في امتناع الرجوع، لكن له أن يفدي الجاني ثم يرجع فيه، كذا حكاه ابن الصباغ عن أبي الطيب في «المجرد»، وأنه قال: وهذا بخلاف ما لو أراد الواهب أن يفك الرهن ببدل ما عليه لم يكن له، والفرق: أن فك الرهن فسخ لعقدٍ عقده الموهوب له فلم يملك ذلك، وهنا لم يتعلق الحق به من جهة العقد؛ فافترقا.

وفي تعليق القاضي الحسين: أن له الرجوع في الجاني، ولا يصير بالرجوع مختارًا للفداء، بل هو بالخيار إن شاء فداه، وإن شاء سلمه ليباع في الجناية.

قال: فإن باعه أو وهبه؛ أي: وأقبضه - لم يرجع في الحال؛ صيانة لحق الغير[(١)]، وقيل: إن وهب ممن يملك الواهب الرجوع في هبته جاز له أن يرجع عليه؛ لأنه ممن يمكن الرجوع عليه فهو كما لو وهب منه. والصحيح الأول؛ لأن الملك لم ينتقل إليه منه فأشبه ما لو وهبه لأجنبي ثم وهبه الأجنبي لولده، والوجهان جاريان فيما لو انتقلت العين إلى ابن الابن بالإرث - كما حكاه ابن الصباغ - وفيما إذا باعها [ابنه][(٢)] لابنه كما حكاه المتولي، وكلام[(٣)] صاحب «التهذيب» يقتضي الجزم بالمنع في الصورتين.

فرع: لو وهب لولده[(٤)]، ثم مات الواهب ووارثه أبوه؛ لكون الولد مخالفًا [له][(٥)] في الدين - قال المتولي: فلا رجوع [للجد الوارث][(٦)]؛ لأن الحقوق لا تورث وحدها، وإنما تورث بتبعيَّة الأموال، وهو لا[(٧)] يرث [هذا][(٨)] المال.

قال: فإن عاد المبيع أو الموهوب إليه، أي: بأي جهة كانت من إرث أو شراء أو فسخٍ، فقد قيل: لا يرجع؛ لأن ذلك حصل في يده الآن من غير جهة الأب فهو كما لو وهب[(٩)] له دراهم فاشترى بها سلعة لم يكن [له][(١٠)] الرجوع [فيها][(١١)]، وهذا

---

(١) في د: المشتري.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: فكلام.
(٤) في جـ: لوالده.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: للوارث.
(٧) في جـ: ألا.
(٨) سقط في د.
(٩) في د: عين.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) سقط في د.

أصح عند الشيخ أبي حامد والقاضي الحسين وغيرهما.

وقيل: يرجع؛ لوجود العين على صفتها لم تتغير[١] في ملك الابن، فعلى هذا: لو كان الابن قد اشتراها ولم يوف الثمن كان البائع أولى بالرجوع في عينها، قاله ابن الصباغ.

وقد بنى الغزالي هذا الخلاف على أن الزائل العائد كالذي لم يَزُل أو كالذي لم يعد؟

ولو ارتد الولد وقلنا: الردة لا تزيل الملك، ثبت له الرجوع، وإن قلنا: تزيله، فلا رجوع.

ثم إذا رجع إلى الإسلام ثبت الرجوع، ومنهم من جعله على الخلاف السابق.

ولو وهب منه عصيرًا، فصار خمرًا، ثم صار[٢] خلًا - فله الرجوع؛ لأن الملك الثابت في الخل سببه ملك العصير؛ فكأنه الملك الأول بعينه.

وذكر بعضهم وجهين في أن الملك هل يزول بالتخمير، ووجهين في عود الرجوع؛ تفريعًا على القول بالزوال.

فروع:

إذا وهب منه حبًّا، فبذَرَه فنَبَت، أو بيضة فصارت فرخًا - فلا رجوع؛ لأن ماله[٣] [صار][٤] مستهلكًا؛ قاله القاضي الحسين.

وقال في «المهذب»[٥]: هذا إذا [ضمناها الغاصب][٦] بذلك، وإلا فقد وجد عين ماله، فيرجع[٧] فيها.

ولو كان الموهوب ثوبًا، فصبغه الابن، رجع في الثوب، والابن شريك له بالصبغ.

ولو قصره، أو كان الموهوب حنطةً فطحنها، أو غزلًا فنسجه -: فإن لم تزد[٨] قيمته، فللأب الرجوع، وإن زادت، قال القاضي الحسين: فالظاهر أنه يرجع، ولا شيء للابن كالسِّمَن.

---

(١) في د: تتعين.
(٢) في د: عاد.
(٣) في ج: مالكه.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: التهذيب.
(٦) في ج: ضمنناها للغاصب.
(٧) في د: فرجع.
(٨) في ج: يرد.

ويحتمل أن يقال: الابن [يصير][(١)] شريكًا؛ كما قلنا في التفليس، خصوصًا إذا قلنا: القِصَارة عين.

وفي «الشامل» و«تعليق» أبي الطيب: أنا إن قلنا: القصارة عين، فالابن شريك؛ كالمفلس، وإن قلنا: أثر، فلا شيء له.

ولو كان الموهوب أرضًا، فبنى فيها أو غَرَسَ، رجع الأب، ويجبر[(٢)] كالمعير.

وقال القاضي الحسين: فيه قولان كما في التفليس:

أحدهما: لا يرجع.

والثاني: يرجع في العَرْصَة دون البناء والغراس.

وإذا وطئ الابن الجارية الموهوبة ولم يُحْبِلْها، لم يمتنع الرجوع على الأصح.

ولو دبر الولد [العبد][(٣)] الموهوب لم يمتنع بسبب ذلك الرجوع على أظهر الوجهين، حكاه في «الوسيط» في كتاب الصداق.

فإذا فسخ الأب ولم تزد العين فهي أمانة في يد الولد.

قال: **وإن وطئ الواهب الجارية الموهوبة كان ذلك رجوعًا** كوطء البائع الجارية المبيعة في زمن الخيار، **وقيل: لا يكون رجوعًا**؛ لأن ملك الولد ثابت من كل وجه فلا يسقط إلا بصريح الرجوع، بخلاف مسألة البيع؛ فإن الملك ثَمَّ ضعيف، وهذا هو الأصح في «الشامل» و«تعليق» القاضي الحسين، وأشار الإمام إلى وجه ثالث، وهو أن مجرد الوطء ليس برجوع، لكن إذا أحبلها كان رجوعًا.

ثم الخلاف المذكور [في الكتاب][(٤)] يجري فيما إذا باع الواهب الموهوب، أو وهبه من غيره وأقبضه، أو أعتقه، أو أتلف الطعام الموهوب.

وفي «التتمة»: أن الإتلاف لا يكون رجوعًا.

وإذا قلنا: إن البيع والهبة رجوع، فهل يصح البيع والهبة؟ فيه وجهان.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: وتخيّر.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في جـ.

وحكى الإمام الخلافَ في أن العتق [هل][(١)] يصح ويضمن الرجوع، وجهَيْن عن العراقيين في باب الخيار.

وحكى الفوراني في مسألة البيع ثلاثة أوجه:

أصحها: صحة البيع، وأنه رجوع.

والثاني: لا يصح [البيع][(٢)]، ولا يكون رجوعًا.

والثالث: لا يصح البيع، ويكون رجوعًا.

وهذه الأوجه تقدم نظيرها في البيع في زمن الخيار.

ولا نزاع في أن الأب لا يحل له وطء الجارية الموهوبة، ولو جعلنا وطأه رجوعًا، بخلاف الجارية المبيعة، والفرق: أنا لو أحللناه له، لكانت الأمة في وقت واحد حلالًا لشخصين: الأب، والابن، وذلك ممتنع.

واعلم أن الشيخ تكلم فيما يتضمَّن الرجوع وسكت عن صريح الرجوع؛ لأنه واضح، [فلنذكره الآن][(٣)] وهو قوله: رجعت فيما وهبت وارتجعت، واسترددت المال، أو رددته إليَّ، وأبطلت الهبة، ونقضتها.

وعن الروياني في «أبطلت الهبة، وفسختها» أنها كناية.

قال الماوردي: [ولا بد من اللفظ فيه وإن كان الولد صغيرًا، واكتفينا في الهبة منه بالنية][(٤)].

ولا يصح تعليق الرجوع على شرط، وإن جاز[(٥)] تعليق الرجوع في[(٦)] الوصية في أحد الوجهين، كما قاله الماوردي.

فرع تعم به البلوى:

إذا أقر الأب بأن هذه العين ملك ابني، وهي في يدي أمانة، ثم ادعى بعد ذلك بأن المقر به كان نِحْلَةً، وقد رجعت فيه، وكذبه الولد - جزم القاضي الحسين في

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في د: ولا يدمن ذكره.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في د: كان.
(٦) في د: على.

«التعليق» هنا بأن القول قول الولد.

وقال في «فتاويه»: الظاهر: أن القول قوله أيضًا.

وفي «الإشراف» أن القاضي أبا سعد أفتى في هذه المسألة [بـ «هراة»][(١)] بإثبات الرجوع؛ لأن الإقرار المطلق ينزل من السببين أو [الملكين على أضعفهما][(٢)] كما ينزل من المقدارين على [أقلهما؛ استبقاءً][(٣)] للأصل القديم، والسبب الضعيف هنا كون ذلك عن هبة.

و[أن][(٤)] الشيخ أبا الحسن العبادي، والقاضي أبا الطيب والماوردي أفتوا بمنع الرجوع؛ لأن الأصل بقاء الملك له[(٥)].

قلت: وهذا الذي يترجح في ظني؛ نظرًا لما ذكره الأكثرون[(٦)] غير القاضي

---

(١) سقط في د.
(٢) في ج: في الملك.
(٣) في ج: أقلها استقاء.
(٤) سقط في د.
(٥) قوله: فرع تعم به البلوى، إذا أقر الأب بأن هذه العين ملك لابني، وهي في يدي أمانة، ثم ادعى بعد ذلك بأن المقر به كان نحلة، وقد رجعت فيه، وكذبه الولد. جزم القاضي الحسين في التعليق هنا بأن القول قول الولد.
وقال في فتاويه: الظاهر أن القول قوله أيضًا.
وفي الإشراف أن القاضي أبا سعد أفتى في هذه المسألة بهراة بإثبات الرجوع؛ لأن الإقرار المطلق ينزل من السببين أو الملكين على أضعفهما، كما ينزل من المقدارين على أقلهما استبقاء للأصل القديم، والسبب الضعيف هنا، كون ذلك عن هبة، وأن الشيخ أبا الحسن العبادي، والقاضي أبا الطيب، والماوردي أفتوا بمنع الرجوع؛ لأن الأصل بقاء الملك له. انتهى كلامه.
وما نقله -رحمه الله- عن الثلاثة المذكورين في آخر كلامه، أنهم أفتوا بمنع الرجوع، وأن صاحب الإشراف نقل ذلك عنهم غلط، فإن الذي أفتى بذلك منهم ونقله عنه في الإشراف، إنما هو أبو الحسن العبادي خاصة، وأما أبو الطيب والماوردي، فليس لهما ذكر في كتاب الإشراف بالكلية، فمن أحب مراجعته فليراجعه، ثم إن الذي أفتى به المذكوران إنما هو الرجوع، وقد نقله عنهما الرافعي في آخر الباب الثاني من كتاب الإقرار، فتلخص أن المذكور في هذا الكتاب غلط من وجهين، واعلم أن صاحب الإشراف: هو أبو سعد الهروي المفتي في هذه المسألة بإثبات الرجوع؛ ولذلك جمع النووي في فتاويه بين تعريفه بهما، فقال: وأبو سعد الهروي صاحب كتاب الإشراف، وقول ابن الرفعة؛ وفي الإشراف أن القاضي أبا سعد... إلى آخره كالصريح في أنه غيره، وهو معذور فيما ذكره، فإنه كان -يرحمه الله- قليل الاطلاع على تراجم الأصحاب، والهروي صرح في تصنيفه باسمه تصريحًا يوهم الواقف عليه أنه غيره، فاغتر به. [أ و].
(٦) في د: الأولون.

[فيه][(١)]، وإن كان النواوي قد صحح الرجوع، فإن مرادهم بأقل المقدارين: ما إذا قال: له عليَّ مال عظيم أو دراهم، نزل[(٢)] على أقل ما يتمول، وأقل الجمع، وإنما كان ذلك؛ لأن الأقل اعتضد بالأصل، وهو براءة الذمة مما زاد على ذلك.

وهاهنا أضعف السببين عارضه أن الأصل بقاء الملك؛ فكما عمل [به][(٣)] ثم بأضعف السببين؛ لأجل اعتضاده بالأصل - وجب أن يعمل هاهنا أقوى السببين؛ لقوته واعتضاده بالأصل من طريق الأولى.

ومما يؤيد ذلك: أن الإقرار للوارث بالعين والدين معمول به على الصحيح باتفاق، وقياس تنزيل الإقرار على أضعف السببين مطلقًا تنزيله على الهبة[(٤)]، وهو إذا نزل على الهبة[(٥)] فأضعف الحالتين فيها حالة المرض مع أن الأصل [عدم][(٦)] تقدم الهبة عليه؛ فكان مقتضى ذلك: أن يكون الصحيح رد الإقرار للوارث، خصوصًا إذا نازعه بقية الورثة أو الغرماء، ولم يعرف من قال به.

وقد رأيت للنووي التسوية بين الأب والأم والجدة في ذلك، والتصحيح في الكل لقبول التفسير.

وعندي في ذلك نظر؛ فإن الأب يقدر على النقل من غير واسطة، ولا كذلك الأم والجدة إذا لم [تثبت لهما][(٧)] الولاية، فإن كان ما قاله نقلًا وجب اتباعه، وإن كان تخريجًا، ففيه ما ذكرناه[(٨)].

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: يدل.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: أغلبه.
(٥) في د: أغلبه.
(٦) سقط في د.
(٧) في جـ: يثبت لهما.
(٨) قوله في المسألة: وقد رأيت للنووي التسوية بين الأب والأم والجد في ذلك، والتصحيح في الكل لقبول التفسير.
وعندي في ذلك نظر، فإن الأب يقدر على النقل من غير واسطة، ولا كذلك الأم والجدة إذا لم تثبت لها الولاية، فإن كان ما قاله نقلًا، وجب اتباعه وإن كان تخريجًا، ففيه ما ذكرناه. انتهى كلامه.
وما نقله عن النووي صحيح ذكره في فتاويه، والبحث الذي أيده فيه المصنف غلط، فإن المسألة ليست خاصة بما إذا أقر لابنه الصغير، بل لو أقر للكبير، كان الحكم كذلك، كما يدل عليه كلام الرافعي وغيره ممن تكلم على المسألة، سلمنا أنه خاص بالصغير، لكن عدم القدرة على النقل لا تدفع علة الرجوع وهي التنزيل على الهبة. [أ و].

والرافعي في «الشرح» لم يتعرض للكلام إلا في الأب[١]، ولا [غيره مما][٢] ذكرناه إلا فيه، والله أعلم.

قال: **وإن وهب شيئًا ممن هو أعلى منه**؛ أي: كهبة بعض الرعية للسلطان، والغلام لأستاذه، والفقير للغني - **ففيه قولان** أي: في الجديد، كما حكاه القاضي أبو الطيب والبندنيجي عن نصه في كتاب النفقات، والرافعي عن نصه في اختلاف العراقيين:

أحدهما: لا يلزمه الثواب؛ لأن ما صح تملُّكه من غير ذكر بدل[٣] لم يستحق[٤] فيه البدل، كالوصية، ولأنه تمليك [مال][٥] لا يعوض فلا يوجب المكافأة [بعوض] كهبة النظير للنظير وهذا هو الصحيح[٦] عند المعظم ومنهم القاضي الحسين.

والثاني: يلزمه؛ [لقوله ﷺ لسلمان: «إِنَّا نَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ، وَنُكَافِئُ عَلَيْهَا»[٧]، وقوله - عليه السلام-: «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ عَلَيْهَا»[٨]، ولأن العرف يقتضي ذلك فاتبع. وهذا ما اقتصر [بعضهم][٩] على حكايته عن القديم، ورجحه الشيخ أبو محمد والروياني وصاحب «المرشد»، وطرده بعض المراوزة في الهبة للمساوي، وطرده صاحب «التهذيب»[١٠] في هبة الأعلى للأدنى[١١]، والصحيح - وهو المذكور في طريق العراقيين-: الأول، وقرب القاضي الحسين الخلاف من الخلاف في مسألة الغَسَّال والقَصَّار والمزيِّن. ثم محل الخلاف عند بعض الأصحاب فيما إذا نوى[١٢]

---

(١) في د: الأمة.
(٢) في د: عبرة بمن.
(٣) في جـ: ببدل.
(٤) في جـ، د: يصح.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: الأصح.
(٧) ورد هذا من فعله ﷺ فيما روته عائشة قالت: إن النبي ﷺ كان يقبل الهدية ويثيب عليها. أخرجه البخاري (٥/ ٥٢٥) كتاب الهبة، باب: المكافأة في الهبة (٢٥٨٥).
(٨) أخرجه ابن ماجه (٤/ ٥٧)، كتاب الهبات، باب: من وهب هبة رجاء ثوابها (٢٣٨٧)، والدارقطني (٣/ ٤٣، ٤٤)، والبيهقي (٦/ ١٨١)، من طريق إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع ابن جارية الأنصاري، عن عمرو بن دينار عن أبي هريرة به.
وقال البيهقي: إبراهيم بن إسماعيل ضعيف عند أهل العلم بالحديث، وعمرو بن دينار، عن أبي هريرة منقطع، والمحفوظ عن عمرو بن دينار، عن سالم، عن أبيه، عن عمر قال: من وهب هبة فلم يثبت فهو أحق بهبته إلا لذي رحم.
قال البخاري: هذا أصح.
(٩) سقط في د.
(١٠) في د: المرشد والتقريب.
(١١) في جـ: الأدنى.
(١٢) في د: وهب له.

الثواب [عند الهبة][(١)]، أما إذا لم ينوه لم يستحقه وجهًا واحدًا، وقد يستدل له بما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «مَنْ وَهَبَ هِبَةً يَرْجُو ثَوَابَهَا فَهِيَ[(٢)] رَدٌّ عَلَى صَاحِبِهَا [مَا][(٣)] لَمْ يُثَبْ عَلَيْهَا»[(٤)].

وعلى هذا: فلو اختلفا في النية فمن القول قوله؟ فيه قولان، ومنهم من طرد القولين سواء[(٥)] نوى أو لم ينو، وهو الأظهر.

ثم الخلاف في الهبة بعينه يجري في الهدية، كما صرح به البندنيجي في كتاب الشفعة، بل من طريق الأولى؛ لأن العرف الغالب اقتضى الثواب فيها دون الهبة.

تنبيه: الثواب: العوض، وأصله من: ثاب، إذا رجع، وكأن المثيب يرجع إلى المثاب مثل ما دفع.

قال: **وفي قدر الثواب**، أي: إذا أوجبناه - **ثلاثة أقوال**؛ أي: منصوصة في التفليس - كما قال البندنيجي -:

أحدها: **يثيبه إلى أن يرضى**؛ لما روى الترمذي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: أهدى رجل من بني فزارة[(٦)] إلى النبي ﷺ ناقةً من إِبِلِه التي كانوا أصابوا بالغابة - وفي رواية: بَكْرَةً - فعوضه منها بعض العوض - وفي رواية: بست بَكَرات - فَسَخِطَهُ، فسمعتُ رسول الله ﷺ يقول على المنبر: «إِنَّ رِجَالًا مِنَ الْعَرَبِ يُهْدِي أَحَدُهُمُ الْهَدِيَّةَ فَأُعَوِّضُهُ مِنْهَا بِقَدْرِ مَا عِنْدِي، ثُمَّ يَتَسَخَّطُهُ، فَيَظَلُّ يَتَسَخَّطُ فِيهِ عَلَيَّ، وَايْمُ اللَّهِ، لَا أَقْبَلُ - بَعْدَ مَقَامِي هَذَا - مِنْ رَجُلٍ مِنَ الْعَرَبِ هَدِيَّةً، إِلَّا مِنْ قُرَشِيٍّ، أَوْ أَنْصَارِيٍّ، أَوْ ثَقَفِيٍّ، أَوْ دَوْسِيٍّ»[(٧)]، زاد أبو داود: «مُهَاجِرِيّ»[(٨)]، وفي رواية:

---

(١) سقط في د.
(٢) في ج: فهو.
(٣) سقط في د.
(٤) أخرجه مالك (٢/ ٧٥٤)، والبيهقي (٦/ ١٨١)، وصححه البخاري وتبعه البيهقي والحافظ في تلخيص الحبير (٣/ ١٦٠).
(٥) في ج: مسوى.
(٦) في ج: مرارة.
(٧) أخرجه الترمذي (٦/ ٢١٨)، أبواب المناقب: باب في ثقيف وبني حنيفة (٣٩٤٦)، والبخاري في الأدب المفرد (٥٩٦)، وأبو داود (٢/ ٣١٣) كتاب البيوع: باب في قبول الهدايا (٣٥٣٧)، وأبو يعلى (٦٥٧٩)، وانظر: السلسلة الصحيحة للألباني (١٦٨٤).
(٨) في ج: مهاجرين.

«لَقَدْ هَمَمْتُ أَلَّا أَقْبَلَ هَدِيَّةً إِلَّا مِنْ قُرَشِيٍّ أَوْ أَنْصَارِيٍّ أَوْ أَوْسِيٍّ»[١].

قال الأصحاب: وإنما خص من ذكر؛ لأنهم مشهورون بسماحة النفوس وقلة الطمع، وعلى هذا يكون للموهوب له الرد إن لم يرض الواهب بالبدل.

والثاني: يلزمه قدر الموهوب؛ لأن العقد إذا اقتضى العوض ولم يستمر فيه وجبت فيه القيمة؛ كالنكاح، وهذا ما رجحه الإمام [والقاضي][٢] الروياني.

فعلى هذا: أي وقت تعتبر القيمة؟ فيه وجهان عن رواية صاحب «التقريب»:

أحدهما: يوم القبض، وهو الأظهر.

والثاني: يوم الثواب، و[للموهوب][٣] له ردها على هذا القول إذا طلب الواهب قيمتها، وإن لم يطلب وترك الثواب فليس له[٤] الرد، صرح به البندنيجي، وإذا أثابته قدر قيمتها لم يكن للواهب الرجوع.

و[القول][٥] **الثالث: يلزمه ما يكون ثوابًا لمثله في العادة**؛ لأن العوض ثبت بالعرف فرجع [في قدره][٦] إلى العرف، وهذا ما اختاره في «المرشد».

ومن الأصحاب من أوجب إثابة ما ينطلق عليه الاسم، وفي «الوجيز»: أنه يلزمه - على قولٍ - ما يزيد عن[٧] القيمة ولو بقليل.

قال الرافعي: ولم أره[٨] بهذه العبارة لغيره، ولا له في غير هذا الكتاب، فلعله محمول على ما يكون ثوابًا لمثله في العادة؛ إذ العادة تقتضي زيادة عن القيمة.

و[على][٩] الأقوال كلها: لا يتعين للثواب جنس من الأموال، بل الخيرة فيه إلى المتَّهِب.

قال: **فإن لم يثبه ثبت للواهب الرجوع**؛ لقوله ﷺ: «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ عَلَيْهَا»[١٠]، ولأنه لم يرضَ بزوال ملكه بغير عوض، ولا فرق في ذلك بين أن تكون

---

(١) أخرجه النسائي (٦/ ٢٧٩) كتاب العمري، باب: عطية المرأة بغير إذن زوجها، وأحمد (٢/ ٢٩٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) زاد في جـ: إلا.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: فيه.
(٧) في د: على.
(٨) في د: نره.
(٩) سقط في د.
(١٠) تقدم تخريجه.

العين قد زادت في يده زيادة متصلة أم لا.

وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي وجه: [أن][(١)] للمتهب أن يمسكها في حال زيادتها ويبذل قيمتها دون الزيادة، ولو تلفت قبل الثواب مع الامتناع من الإثابة رجع في قيمتها على أحد القولين في «الحاوي»، [وهو الأصح في غيره.

ولو نقصت: فإن كان بفعله ضمنه، وكذا بغير فعله على أحد الوجهين في «الحاوي»][(٢)].

وقيل: للواهب في مثل هذه الحالة أن يترك العين ويطلب القيمة.

وحكى الماوردي: أن غير الموهوب له لو أثاب الواهب جاز، ولم يكن للواهب الرجوع في الهبة - ولا للدافع [أيضًا][(٣)] - بمثل ما دفع على الموهوب له لينزعه.

قال: **فإن قلنا: لا يلزمه الثواب، فشرط [له][(٤)] ثوابًا مجهولًا بطل**؛ لأنه خالف موجب الهبة وإثبات[(٥)] العوض و[موجب][(٦)] البيع بجهالة العوض فبطل، لكن هل يضمن العين في هذه الحالة إذا تلفت في يده؟ المفهوم من كلام الشيخ الآتي من بعدُ: أنه يضمن؛ تغليبًا لشائبة البيع.

وكان يتجه أن يقال بتغلب شائبة [الهبة][(٧)]؛ لأن اللفظ لها كما سنذكره في الفصل بعده.

وعلى هذا يكون في الضمان وجهان أو قولان؛ كما في الهبة الفاسدة.

قال: **وإن شرط ثوابًا[(٨)] معلومًا ففيه قولان:**

أحدهما: يبطل؛ نظرًا إلى اللفظ، وذلك منافٍ له على هذا القول، وهذا ما رواه الربيع، وقال البندنيجي [في كتاب الشفعة][(٩)]: إنه ليس بشيء.

والثاني: يصح؛ نظرًا إلى المعنى، وهذا ما نص عليه في «المختصر» في كتاب الشفعة، وصححه الرافعي.

فعلى هذا: لو اختلفا، فقال: وهبت منك بثواب، وقال المتهب: بل بغير ثواب -

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: بإثبات.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في د.
(٨) في جـ: يومًا.
(٩) سقط في جـ.

فمن القول قوله؟ فيه وجهان:

الذي أجاب به ابن كج: أنه قول الواهب.

وفي «الجيلي»؛ تفريعًا على هذا القول: أنه يكون هبة. وهذا لا يفهم.

قال: **وإن قلنا: يلزمه الثواب، فشرط ثوابًا مجهولًا جاز**؛ لأنه أكد مقتضى العقد بالشرط، وحكى الغزالي وجهًا: أنها تبطل؛ بناء على ما سنذكره من أن ذكر العوض يلحقه بالبيع، وإذا كان بيعًا بطل؛ لجهالة العوض.

والقائلون بالصحة يقولون: إنما نجعله بيعًا إذا تعذر جعله هبة، وهاهنا اللفظ والمعنى متطابقان؛ فلا معنى لجعله بيعًا، قال الماوردي: وعلى هذا إذا لم يثبه وتلفت العين لزمه أن يثيب أو[1] يغرم القيمة قولًا واحدًا.

قال: **وإن شرط ثوابًا معلومًا ففيه قولان:**

أحدهما: [أنه][2] يبطل؛ نظرًا إلى اللفظ، وهذا شرط ينافي مقتضاه، فعلى هذا قال الشيخ: [**ويكون**][3] **حكمه حكم البيع الباطل**؛ لأنه لم يَرْضَ بإزالة ملكه لا ببدلٍ، ولم يسلم له، فإذا تلف ضمن قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف على أصح الوجوه، ولو نقصت ضمن النقص.

والثاني: يصح، ويكون حكمه حكم البيع الصحيح؛ نظرًا إلى المعنى، وهذا ما صححه الرافعي، فعلى هذا يثبت خيار المجلس، والشرط، والرد بالعيب، والشفعة.

ومقتضى ما ذكره الشيخ: أن يلزم هذا العقد بمجرده، وتثبت هذه الأحكام.

وحكى المراوزة وجهًا: أنه ينعقد هبة؛ نظرًا إلى اللفظ، وبتعيُّن الثواب لا يفسد العقد؛ لأنه إذا صح مع جهالة الثواب فمع معرفته أولى.

فعلى هذا: لا يثبت [فيه][4] خيار ولا شفعة، ولا يلزم إلا بالقبض؛ وهذا ما أفهمه كلام الماوردي حيث قال: وعلى[5] هذا القول يكون الفرق بينه وبين البيع[6]: [أنه في

---

(١) في ج: و.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) في د: فعلى.
(٦) في د: رد الهبة.

الهبة إذا شرط الثواب المعلوم يكون مخيَّرًا بين دفع الثواب وبين رد الهبة][١]، وفي البيع يلزم[٢] دفع الثمن، ولا خيار.

ولو كافأه على هذا بدون المشروط، إلا أنه قريب منه، ففي «شرح» القاضي ابن كج وجهان[٣] في أنه هل يجبر على القبول؛ لأن العادة فيه المسامحة، أم لا؟ ولو شرط على قولنا باقتضاء الهبة [الثواب][٤] نفيه صح على الأصح، وفيه وجه: أنه لا يصح؛ لمخالفته وضع العقد.

وإذا أطلقا عقد الهبة، وقلنا باقتضائها الثواب فهل يثبت فيه الخياران؟ فيه وجهان في «تعليق» البندنيجي في كتاب البيوع.

وإذا خرج الموهوب مستحقًّا [رجع المتهب بما بذل، وليس للواهب أن يقول: أهدي إليك غيره. ولو خرج الثواب مستحقًّا][٥]، وقلنا بوجوبه كان للمتهب أن يثيبه غيره ويمسك العين، قاله الماوردي.

ولو خرج بعضه مستحقًّا فهو بالخيار بين أن يرجع على الواهب بقسطه من الثواب وبين [أن يرد][٦] الباقي ويرجع بجميع الثواب، وقيل: تبطل الهبة في الكل كما في نظيره من البيع.

ولو وجد المتهب أو الواهب بما قبض عيبًا - كان له رده والرجوع على صاحبه بما أخذ منه، قاله القاضي الحسين. وقضية ما حكينا عن الماوردي: أن الواهب إذا ردَّ ما قبضه لا يمكَّن من أخذ ما بذله إلا أن يمتنع المتهب من بذل عوضه.

فرع: إذا وهب من شخصين، فرد أحدهما، وقبل الآخر - صحت في حق من قبل، جزم به العراقيون.

وحكى في «التتمة» وجهين فيما إذا وهب [له][٧] عينًا، فقبل نصفها.

وإذا دفع إنسان لآخر دراهم، وقال: ادخل بها الحمَّام، أو اشتر [بها][٨] لنفسك

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: يلزمه.
(٣) في جـ: وجهًا.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: ردّه.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في جـ.

عمامة - ففي «فتاوى» القفال: أنه إن كان ذلك على سبيل البسط المعتاد، ملكه، وتصرف فيه كيف شاء. وإن كان غرضه تحصيل ما عينه؛ لما رأى به من الوسخ والشعث، أو لعلمه بأنه مكشوف الرأس - لم يجز صرفه إلى غير ما عينَّه [له](١).

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: أنه لو دفع دينارًا إلى رجل، وقال: اشتر بهذا سمكًا لنفسك، هل يجوز(٢) صرفه إلى شيء آخر؟ يُحتمل وجهان.

وسئل الشيخ أبو زيد عن رجل مات أبوه، فبعث له إنسان ثوبًا؛ ليكفنه فيه: فهل يملكه حتى يمسكه، ويكفنه في غيره؟ فقال: إن كان الميت يتبرك بتكفينه؛ لفقه أو ورع؛ فلا، ولو كفنه في غيره وجب رده إلى مالكه.

وفي [كتاب](٣) «الوسيط» في كتاب الوصية: أن للوارث إبداله، وأن الصحيح [أن](٤) هذه عارية في حق الميت، والله أعلم.



(١) سقط في جـ.
(٢) في د: يحل له.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في جـ.

باب الوصية

الوصية مأخوذة - كما قال الأزهري-: من وَصَيْتُ الشيء أَصِيهِ، إذا وَصَلْتُه، وسميت وصية؛ لأنه وَصَلَ ما كان في حياته بما بعد موته.

وعبارة القاضي الحسين: لأنه يصل بها خير دنياه بخير عقباه، وقربة العاجل بقربة الآجل.

والأولى أعم؛ لأنها تدخل الوصاية، وهذه لا تدخلها.

ويقال: وصَّى بوصية، وأَوْصى إيصاء. والاسم: الوَصِيَّة، والوَصَاة، وهي في الشرع: عبارة عن تبرع بحق، أو تفويض تصرف خاص، مضافَيْن إلى ما بعد الموت.

وقد كانت الوصية واجبة في ابتداء الإسلام بجميع المال للأقربين؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ﴾ [البقرة: ١٨٠]، ثم نسخت بآية المواريث، وبقي استحبابها في حق من ليس بوارث في الثلث فما دونه.

والدليل على ذلك - قبل الإجماع - من الكتاب قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَٰدِكُمْ﴾ [النساء: ١١] إلى آخرها، فذكر -تعالى- الوصية فيها في أربعة مواضع.

ومن السنة: ما روى أبو داود عن ابن عمر - رضي الله عنهما - عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ»(١). وأخرجه البخاري ومسلم، وغيرهم.

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٤١٩) كتاب الوصايا، باب: الوصايا وقول النبي ﷺ: «وصية الرجل مكتوبة عنده»، حديث (٢٧٣٨) ومسلم (٣/ ١٢٤٩) كتاب الوصية، حديث (١/ ١٦٢٧) ومالك (٢/ ٧٦١) كتاب الوصية، باب: الأمر بالوصية حديث (١) وأبو داود (٢/ ١٢٥) كتاب الوصايا، باب: ما جاء فيما يؤمر به من الوصية حديث (٢٨٦٢) والترمذي (٤/ ٣٧٥ ٣٧٦) كتاب الوصايا، باب: ما جاء في الحثّ على الوصية حديث (٢١١٨) والنسائي (٦/ ٢٣٨ ٢٣٩) كتاب الوصايا، باب: الكراهية في تأخير الوصية حديث (٣٦١٥) وابن ماجه =

[وفي لفظ لمسلم والنسائي: «يَبِيتُ ثَلَاثَ لَيَالٍ»[١].

وفي لفظ لمسلم: «يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ][٢]»[٣].

وفي لفظ لمسلم عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: «مَا مَرَّتْ عَلَيَّ لَيْلَةٌ مُنْذُ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ؛ قَالَ ذَلِكَ إِلَّا وَعِنْدِي وَصِيَّتِي»[٤].

قال الإمام الشافعي - رضي الله عنه -: يحتمل قوله: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ»: ما لامرئ مسلم يبيت ليلتين، إلا ووصيته مكتوبة عنده، ويحتمل: ما المعروف من الأخلاق إلَّا هذا من جهة الفرض.

وقد حكى الاحتمالين القاضي الحسين.

وقد [أجمعت الأمة][٥] على أن ذلك محثوث عليه، ومطلوب من الشرع، ومع ذلك فالصدقة في حال الحياة أفضل منها؛ سئل رسول الله ﷺ عن أي الصدقة أفضل، فقال: «أَنْ تَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيحٌ حَرِيصٌ، تَأْمُلُ الْبَقَاءَ وَتَخْشَى الْفَقْرَ، وَلَا تُهْمِلَ حَتَّى إِذَا بَلَغَتِ الْحُلْقُومَ قُلْتَ: لِفُلَانٍ كَذَا وَلِفُلَانٍ كَذَا؛ وَقَدْ كَانَ لِفُلَانٍ»[٦].

= (٢/ ٩٠٢) كتاب الوصايا، باب: الحثّ على الوصية حديث (٢٧٠٢) وأحمد (٢/ ١٠، ٥٠، ٥٧، ٨٠، ١١٣) والدارمي (٢/ ٤٠٢) كتاب الوصايا باب: من استحق الوصية، والطيالسي (١/ ٢٨٢ منحة) رقم (١٤٢٨) والحميدي (٢/ ٣٠٦) رقم (٦٩٧) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٩٤٦) وأبو يعلى (١٠/ ١٩٧ ١٩٨) رقم (٥٨٢٨) وابن حبان (٥٩٩٢) والدارقطني (٤/ ١٥٠) كتاب الوصايا، حديث (٤) والبيهقي (٦/ ٢٧٢) كتاب الوصايا، وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ٣٥٢).

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٥٠) كتاب الوصية، برقم (٤/ ١٦٢٧)، والنسائي (٦/ ٢٣٩) كتاب الوصايا، باب: الكراهية في تأخير الوصية.

(٢) سقط في د.

(٣) أخرجه مسلم (٢/ ١٦٢٧).

(٤) ذكره مسلم بعد حديث رقم (٤/ ١٦٢٧).

(٥) في د: أجمع المسلمون.

(٦) أخرجه البخاري (٤/ ٣٣) كتاب الزكاة، باب أى الصدقة أفضل (١٤١٩) وفي (٦/ ٢٥) كتاب الوصايا، باب الصدقة عند الموت (٢٧٤٨)، ومسلم (٢/ ٧١٦)، كتاب الزكاة، باب بيان أن أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح (٩٢/ ١٠٣٢)، وأحمد (٢/ ٢٣١ و٢٥٠ و٤١٥ و٤٤٧)، وأبو داود (٢/ ١٢٦)، كتاب الوصايا، باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية (٢٨٦٥)، والنسائي (٥/ ٦٩)، كتاب الزكاة، باب أى الصدقة أفضل، وابن ماجه (٤/ ٢٧١ ٢٧٢)، كتاب الوصايا، باب النهى عن الإمساك في الحياة والتبذير عند الموت (٢٧٠٦).

كما خرجه البخاري ومسلم وغيرهما. وأراد بقوله: «بَلَغَتِ الْحُلْقُومَ»: المقاربة؛ لأن من بلغت نفسه الحلقوم لا يجوز له وصية ولا صدقة.

وروى أبو داود عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «لَأَنْ يَتَصَدَّقَ الْمَرْءُ فِي حَيَاتِهِ بِدِرْهَمَيْنِ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمِائَةٍ عِنْدَ مَوْتِهِ»(١).

وروى الترمذي عن أبي الدرداء عن النبي ﷺ قال: «مَثَلُ الَّذِي يَعْتِقُ أَوْ يَتَصَدَّقُ عِنْدَ مَوْتِهِ، مَثَلُ الَّذِي يُهْدِي إِذَا شَبِعَ»(٢). وقال الترمذي: إنه حديث حسن صحيح.

قال: **من جاز تصرفه في ماله جازت وصيته**؛ للخبر، ولا فرق في ذلك بين المسلم والذمي، **ومن لا يجوز تصرفه، كالمعتوه والمبرسم لا يصح**(٣) **وصيته**؛ لأن صحتها تتعلق بالقول، ولا قول معتبر لمن لا تمييز له ولا عقل؛ إذ البِرْسام والعته نوعان من اختلال العقل؛ كالجنون.

قال الجواليقي: والبرسام معرب.

وحكم الصبي غير المميِّز حكم المجنون.

قال: **وفي الصبي المميز [والمحجور عليه بتبذيره]**(٤) **قولان:**

أحدهما: لا تصح ، كهبتهما وإعتاقهما.

والثاني: تصح، أي وصيتهما بالمال.

أما في الصبي؛ فلما روي أن غلاما لابن عباس - رضي الله عنهما - حضرته الوفاة [وله عشر سنين](٥)، فأوصى لبنت عم له، وله وارث، فرفعت القصة(٦) إلى عمر - رضي الله عنه - فأجاز وصيته، ولم ينكر عليه.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ١٢٦)، كتاب الوصايا، باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية (٢٨٦٦)، وابن حبان (٨٢١ موارد) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٦٧٤٠)، وأحمد (٥/ ١٩٦ و١٩٧ و٤٤٨)، وعبد بن حميد (٢٠٢)، والدارمي (٢/ ٤١٣)، كتاب الوصايا، باب من أحب الوصية ومن كره، والترمذي (٣/ ٦٢٣)، أبواب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يتصدق.. (٢١٢٣)، وأبو داود (٢/ ٤٢٥)، كتاب العتق باب في فضل العتق في الصحة (٣٩٦٨)، والنسائي (٦/ ٢٣٨)، كتاب الوصايا، باب الكراهية في تأخير الوصية، وابن حبان (٣٣٣٦)، والحاكم (٢/ ٢١٣)، والبيهقي (٤/ ١٩٠) .

(٣) في ج: لا يجوز.

(٤) في التنبيه: والمبذر.

(٥) في ج: وهو ابن عشرين.

(٦) في د: القضية.

وعن عثمان[1] - رضي الله عنه - أنه أجاز وصية غلام ابن إحدى عشرة سنة.

ولأن الوصية لا تزيل الملك في الحال، وتفيد الثواب بعد الموت؛ فصحت كسائر القربات.

وأما في السفيه فبالقياس عليه، بل من طريق الأولى؛ لأنه صحيح العبارة؛ ولهذا جزم البندنيجي بصحة وصيته، وكذلك المراوزة هنا، وهو الذي صححه الرافعي.

وحكى الغزالي [في كتاب][2] التدبِير في صحته خلافا.

ولا فرق بينهما، وفي الحاوي أنَّا إذا لم نصحح وصية الصبي، ففي المبذر وجهان:

والصحيح من القولين في الصبي عند الأكثرين: البطلان، وعند الأستاذ أبي منصور وصاحب المرشد مقابله.

وعلى هذا قال في الحاوي: في صحة محاباته وهبته وعتقه في مرض موته وجهان:

وجه الصحة: أن ذلك وصية تعتبر من الثلث.

ووجه المنع: أن الوصية يقدر على الرجوع فيها إن شفي، والهبة والعتق لا يقدر على ردهما.

والعبد إذا أوصى ثم مات على الرق؛ بان فساد وصيته، وإن عَتَقَ وترك مالا فوجهان:

أصحهما[3] في الرافعي: البطلان؛ لأنه لم يكن أهلا حينئذ.

والمفلس إذا أوصى، فإنْ رَدَّ الغرماء وصيته بطلت، وإن أمضوها جازت، إن قلنا: حَجْرُه حجرُ المرض، وإن قلنا: حجر السفه كان على الخلاف.

والمرتد إذا أوصى، وقلنا ببقاء ملكه، ففي صحة وصيته وجهان:

أصحهما في البحر: الجواز.

---

(١) في جـ: عمر.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في د: أظهرهما.

قال: **ولا تصح الوصية** - أي: بالتصرف في المال وعلى الأولاد - **إلا إلى حر مسلم بالغ عاقل عدل**؛ لأنها تقتضي أمانة وولاية صرفة، وذلك لا يصح إلا ممن جمع هذه الشروط؛ ولأن العبد مشغول بخدمة سيده، والصبي والمجنون مولى عليهما؛ فكيف تصح توليتهما على غيرهما؟! [وفي تعليق القاضي الحسين في باب عدد الشهود: أنه لو أوصى إلى عبد غيره على أطفاله جاز][١]، وفي تفويض الكافر وصيته إلى كافر رشيد في دينه وجه حكاه العراقيون عن ابن أبي هريرة: أنه يجوز، قال ابن الصباغ: لأنه يجوز أن يلي بالنسب؛ فجاز أن يلي بالوصية كالمسلم العدل، وهذا منه بناء على أنه يلي بالنسب، وقد حكينا في باب الحجر عن بعضهم المنع، وخرجه الإمام والغزالي على أن الكافر ولي في النكاح؛ ولذلك جعله الرافعي الأظهر، ويجيء في الأظهر على هذا ما ستعرفه في كتاب النكاح، ويمكن أن يكون مأخذ الخلاف في أن الكافر هل تثبت له ولاية المال على ولده الكافر؟ وقد قدمت الكلام فيه في باب الحجر.

ثم اعلم أن ظاهر كلام الشيخ يقتضي الاكتفاء بهذه الصفات؛ حتى لا يعتبر شيء وراءها، وهو موافق لما [حكاه في البحر][٢] عن الأصحاب؛ حيث قال: [ولا تصح الوصية إلا لمن جمع شرائط، وذكر ما ذكره الشيخ، ثم قال: وقال][٣] القاضي الطبري: إنها سبع[٤].

والسادس: ألا يكون مغفلا.

والسابع: ألا يكون بينه وبين المولى عليه عداوة وخصومة؛ بأن يكون من أهل الشهادة على المولى عليه.

وعن القاضي الطبري أنه عبر عن السادس بأن يكون فيه كفاية التصرف.

قال: **وإن وصى إليه وهو على غير هذه الصفات فصار عند الموت على هذه الصفات - جاز**؛ لأنها حالة نفوذ التصرف؛ فاعتبرت الشرائط عندها، كما أن الاعتبار في صفات الشاهد عند الأداء، وهذا هو الصحيح، وبه قال ابن سريج، وأبو إسحاق، وبه جزم المراوزة، كما حكاه الإمام. وعلى هذا يجوز أن يوصي

---

(١) سقط في ج.
(٢) في د: في البحر حكاه.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: منع.

إلى أم ولده ومُدَبَّرِه، وقيل: لا يجوز؛ لأنه عقد لم يوجد أهلية قابلة عند إيجابه، فلم يصح، كفقدها عند قبوله. وقيل: يعتبر أن يكون على هذه الصفات من حين الإيجاب إلى حين الموت؛ لأن ما من وقت إلا ويجوز أن يموت فيه ويستحق فيه التصرف؛ فاعتبر الشرط في الجميع، حكاه ابن الصباغ وغيره.

وقال في البحر: إنه المذهب الصحيح؛ لما نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - في الأم، من أنه إذا أوصى لأم ولده لا يجوز.

قال: وإن أوصى إلى أعمى، فقد قيل: يجوز؛ لأنه من أهل الشهادة؛ فأشبه البصير، وهذا هو الأظهر في الرافعي، وقيل: لا يجوز؛ لأنه لا يقدر على البيع والشراء لنفسه؛ فلا يحسن أن يفوض أمره لغيره[1].

وهذا أصح في تعليق القاضي الحسين.

تنبيه: سكوت الشيخ عن اعتبار الذكورة، يعرفك أنه تجوز الوصاية للمرأة كما تجوز للرجل، روي أن عمر - رضي الله عنه- أوصى إلى حفصة[2]، وقال - عليه السلام- لهند: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ»[3].

وقد قال الأئمة: الأولى أن يفوض الوصاية إليها في أمر الأطفال، إذا وجدت فيها الأهلية.

وعن الحناطي وجه: أنه لا تجوز الوصاية إليها، إذا قلنا: إنها لا تلي، قال الرافعي: وهذا غير بعيد من جهة المعنى؛ نظرا إلى أن في الوصاية ولاية، وأن حقه أن يطرد في جميع النساء.

وقد تكلم الشيخ - رضي الله عنه - في صفات الموصي بالمال، وسكت عن صفات الموصي بالتصرف إلى شخص، وقد قال الأصحاب: إن كانت الوصاية في أمر الأولاد فشرطه: أن يكون له ولاية عليهم في الابتداء من الشرع لا

---

(١) في ج: ذلك إليه من غيره.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٦/ ٢١٣)، وابن سعد في الطبقات الكبرى (٨/ ٦٧)، والدارمي في سننه (٢/ ٥١٧).

(٣) أخرجه البخاري (٤/ ٤٠٥) كتاب: البيوع، باب: من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، الحديث (٢٢١١)، ومسلم (٣/ ١٣٣٨) كتاب: الأقضية، باب: قضية هند، الحديث (٧/ ١٧١٤).

بتفويض، وهو الأب ثم الجد ثم جده، وكذا الأم على رأي الإصطخري.

وسواء كان الولد صغيرا، أو بالغا مجنونا أو سفيها، كما صرح به القاضي أبو الطيب وغيره في المجنون، ومجلي في السفيه، وقول الغزالي في الوسيط: لا يجوز نصب الوصي على الأولاد البالغين؛ إذ لا ولاية له عليهم، مُشِيرٌ إليه.

وفي البحر: أن الابن إذا كان بالغا عاقلا فلا، لكن حجر عليه لسفه لا يصح من الأب أن يوصي بالولاية عليه؛ لأن حجره بالحاكم، وهذا يشير إلى حالة بلوغه [١] رشيدًا ثم طرأ السفه.

وإن كانت الوصاية في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا [٢]، فشرطه أن يكون حرا مكلفا.

فرع: طريان ما يمنع الوصاية على الوصي بعد موت الموصي، يقتضي العزل [قطعا] [٣]، وفي المجرد للحناطي وجه: أنها تبطل بفسق الوصي حتى يعزله القاضي، والمشهور الأول.

ولا تنفعه التوبة بعد الفسق في عوده إلى وصيته، وفيه وجه غريب. وإن أفاق بعد جنونه، ففيه وجهان مشهوران، كما في عود ولاية القاضي، والأصح في «الرافعي»: عدم العود، وفي القاضي وجه إذا فسق: أنه لا ينعزل، كما قيل في الإمام على رأي الأصوليين، وقال الإمام فيه: إني لو قلت: إنه الأظهر [٤]، لكان مستقيمًا؛ لأن استمرار العصمة للإمام بعيد، وعلى ذلك جرى الرافعي فجعله الراجح، وحكى خلافه حكاية الوجوه، وأن الماوردي لم يورد سواه في الأحكام السلطانية، وفي تعليق القاضي أبي الطيب الجزم بانعزال الإمام بفسقه؛ فما دونه من طريق الأولى، وحكمُ أمين الحاكم فيما ذكرناه حكمُ الوصي.

واعلم أن قبول الوصاية ممن علم من نفسه الأمانة والقدرة عليها مختار، كما قاله في البحر؛ لأنه روي أنه أوصى إلى الزبير سبعون من أصحاب رسول الله ﷺ، منهم: عثمان، والمقداد، وعبد الرحمن بن عوف، وابن مسعود، وكان ينفق على أيتامهم من ماله ويحفظ عليهم أموالهم. وإن كان ممن علم من نفسه خلاف

---

(١) في ج: بلغ.
(٢) زاد في د: على الوصي.
(٣) سقط في ج.
(٤) في د: الظاهر.

ذلك، فالمختار أن يردها؛ لما روى أبو داود عن أبي ذر قال: قال رسول الله ﷺ: «يَا أَبَا ذَرٍّ، إني أَرَاكَ ضَعِيفًا، وَإِنِّي أُحِبُّ لَكَ ما أُحِبُّ لِنَفْسي؛ فَلَا تَأَمَّرَنَّ عَلَى اثْنَيْنِ، ولا تَلِيَنَّ مَالَ يَتِيمٍ»[1]. وأخرجه مسلم والنسائي.

قال: **ويجوز أن يوصي إلى نفسين**، كما يجوز أن يوكل إلى نفسين، **فإن أشرك بينهما في النظر، لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف**؛ لأن تصرفه بالإذن من الموصي، ولم يوجد رضاه بنظره وتصرفه وحده.

وصورة الإشراك في التصرف - كما قال القاضي أبو الطيب-: أن يقول: «ولا ينفرد أحدهما بالتصرف»، أو يقول: «أوصيت إليكما باجتماعكما».

وعلى هذا: إذا أذن أحدهما للآخر في التصرف، أو أذنا لشخص فيه - جاز، وإن انفرد أحدهما به، لم ينفذ، وضمن، سواء كان التصرف موقوفا على اجتهاد أم لا؛ كما هو ظاهر كلام الشيخ وغيره.

وقال الرافعي: إنك ستجد في كلام الأصحاب ما هو كالتصريح به.

وقال البغوي وغيره: إذا كانت الوصية مما لا يفتقر إلى اجتهاد: كرد وديعة، أو عارية، أو مغصوب، أو وصية بشيء معين، أو قضاء دين اشتملت التركة على جنسه - فإن لكل منهما أن يتفرد به؛ لأن صاحب الحق مستقل بالأخذ في هذه الصورة؛ فلا يضير الانفراد، وعلى ذلك جرى الماوردي في مسألة الوصية، وقضاء الدين، وهو في غيرهما من طريق الأولى.

وقد اعترض معترض على ذلك بأن الوصاية في رد الوديعة والمغصوب، ودفع الموصى به إذا كان معينا - قد اختلف في صحتها: فرأى بعضهم جوازها.

وعليه يدل ما ذكرناه في كتاب الوديعة، ورأى الإمام وطائفة أنها لا تصح؛ لأنها مستحقة بأعيانها، فيأخذها أصحابها، وإنما يوصى فيما يحتاج إلى نظر واجتهاد كما سنذكره.

فمن قال بهذا استغنى عن الاستثناء.

ومن قال بالأول - وهو قضية صاحب التهذيب - يجب ألا يصح التصرف

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٤٥٧ ١٤٥٨) كتاب الامارة: باب كراهة الإمارة بغير ضرورة حديث (١٧/ ١٨٢٦)، وأبو داود (٢/ ١٢٧) كتاب الوصايا، باب: ما جاء في الدخول في الوصايا، برقم (٢٨٦٨)، والنسائي (٦/ ٢٥٥) كتاب الوصايا، باب: النهي عن الولاية على مال اليتيم.

إلا على الوجه المأذون فيه، وقد صرحوا بالاستقلال عند المنع منه، فهو في الحقيقة عائد إلى قول الإمام؛ فالوجه ما اقتضاه كلام الشيخ والأصحاب.

وكما لا يجوز لأحد الوصيين - إذا أشرك بينهما في النظر - أن ينفرد بالتصرف، كذا لا يجوز إذا جعل عليه مشرفا أن ينفرد به؛ لأن للمشرف أن يتعاطى التصرف؛ كما صرح به في البحر.

ثم اعلم أن ظاهر كلام الشيخ يقتضي جواز انفراد كل واحد منهما بالتصرف عند عدم الإشراك في النظر، وذلك يكون في صورتين:

إحداهما: أن يصرح بالاستقلال، مثل أن يقول: «يتصرف كل منهما على الانفراد [أو][1] مع الآخر»، ولا شك في جواز ذلك، ويأتي فيه بعض ما أبداه الإمام من الإشكالات في مقارضة رجلين، كما ذكرناه في باب القراض، وقد ألحق أبو الفرج الزاز[2] بهذه الصورة ما إذا قال: أنتما وصياي بكذا.

وألحق بهما البغوي ما إذا قال: [«أوصيت إلى زيد» ثم بعد ذلك][3]: «أوصيت إلى عمرو» مقتصرا على ذلك، والمتولي والغزالي والماوردي ألحقوا الصورة الثانية بالصورة التي سنذكرها.

وقال الرافعي: إنه الذي عليه عامة الاعتماد.

الثانية: أن يطلق الوصاية، وقد قال القاضي أبو الطيب وغيره من الأصحاب: إن الحكم فيها كالحكم في حالة الإشراك في النظر؛ قياسا على ما إذا أطلق التوكيل بين[4] شخصين.

فرعان:

أحدهما: إذا خرج أحد المستقلَّيْن بالتصرف عن أهليته؛ لا ينصب الحاكم مع الثاني غيره، بل ينفرد[5] بالتصرف.

ولو ضعف أحدهما، ولم يخرج عن الأهلية بالكلية، ضم إليه من يساعده، وكذا في المنفرد إذا ضعف.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: البزار.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: إلى.
(٥) في جـ: تنصرف.

ولو خرج أحد المشتركَيْن في التصرف عن الأهلية، نصب الحاكم مع الثاني[1] من يقوم مقام الخارج. فلو أذن الحاكم للباقي في الاستقلال، فهل يكفي؟ فيه وجهان: حكاهما العراقيون والإمام عنهم، وأصحهما في الرافعي: لا، وبه جزم الماوردي؛ لأن الموصي لم يرض بنظره وحده.

ولو مات الوصيان معا، فهل للحاكم نصب قيم واحد أم لا بد من اثنين؛ اتباعا لرأيه في التفويض إلى اثنين ؟ فيه الوجهان، واستبعد الإمام جريان وجه المنع هنا؛ لأن الوصاية قد زالت بالكلية؛ فصار كما لو لم يرض.

الثاني: إذا اختلف الوصيان، فإن كان في الحفظ، قال الشافعي - رضي الله عنه-: قسم المال بينهما نصفين. فحمل أبو إسحاق ذلك على الوصيين اللذين يتصرفان مجتمعين ومفترقين، وأن القسمة تكون بالتقريب؛ ليتصرف كل منهما في شيء، لا قسمة الأملاك كل شيء نصفين، وينفذ تصرف كل منهما في النصفين.

وأما المشتركان في النظر فلا ينفرد أحدهما بحفظ شيء، وهذا أظهر في البحر.

وقال ابن أبي هريرة وغيره من أصحابنا - وهم الأكثرون-: قول الشافعي - رضي الله عنه-: يرجع إلى حالة الاستقلال وحالة الإشراك في النظر، وقد ذكرت في باب الوكالة شيئا يتعلق بما نحن فيه، فليطلب منه.

ثم على كل حال، لو اختلفا بعد القسمة في عين النصف المحفوظ، فوجهان:

أحدهما: يقرع.

والثاني: يرجع إلى تعيين القاضي.

ولو كان المال مما لا يقسم، ترك في موضع، ويقفلان عليه، أو يجعلانه تحت يد ثالث.

وهكذا الحكم إذا كان مما يقسم، ومنعنا القسمة، على رأى أبي إسحاق.

ولو امتنعا من ذلك، فعل الحاكم رأيه، وهل يضعه تحت يد أمين أو اثنين؟ فيه وجهان: أصحهما في النهاية: الأول.

وإن كان الاختلاف في التصرف، فإن كانا مستقلين، قال الشيخ أبو حامد:

---

(١) في د: الباقي.

يقسم بينهما، ويتصرف كل منهما في نصفه، فإذا كان الشيء مما لا يقسم، ترك في أيديهما حتى يتصرفا فيه.

وقال غيره: لا حاصل لهذا الاختلاف، ومن سبق نفذ تصرفه.

نعم لو اختلفا في تعيين من يصرف إليه من الفقراء فماذا يصنع؟ فيه وجهان في النهاية: أحدهما: يقرع، واستبعده.

والثاني: يضعه الحاكم فيمن يراه أهلا على وفق الوصية.

وإن كانا غير مستقلين، أمرهما الحاكم بما يرى فيه المصلحة، فإن امتنع أحدهما، ضم القاضي إلى الآخر أمينا، وإن امتنعا أقام الحاكم مقامهما آخرَيْن، ولا ينعزلان بالاختلاف.

ولو اختلفا في تعيين من يصرف إليه من الفقراء، عين القاضي من يراه.

قال: **وإن أوصى إليه في شيء لم يصر وصيا في غيره**، كما في الوكيل والحاكم. وإذا أطلق الوصية في مال الأطفال، استفاد الوصي بها حفظ المال، وهل يستفيد التصرف ؟ فيه وجهان: المذهب منهما في التتمة: نعم؛ اعتمادًا على العرف. وذكر بدل الوجه الأول وجها: أن الوصاية لا تصح حتى يتبين ما فوضه إليه؛ فحصل في المسألة ثلاثة أوجه.

ولا نزاع في أنه لو قال: «أوصيت إليك» مقتصرا على ذلك، فهو لغو.

قال: **وللوصي أن يوكل فيما لا يتولى مثله بنفسه**؛ كالوكيل، ومفهوم هذا منع التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه، وهو وجه حكاه القاضي أبو الطيب هنا.

وحكى الشيخ أبو حامد عن المذهب: أنه يجوز فيه أيضا؛ لأنه يتصرف فيما لم ينص عليه؛ فأشبه الأب، وبهذا جزم المحاملي في أواخر كتاب الوكالة، وقال: إنه يجوز أن يوكل عن نفسه وعن الموصَى عليه.

قال: **وليس له أن يوصي**؛ لأن تصرفه مستفاد من جهة آدمي؛ فلم يجز له أن يوصي؛ كالوكيل وأمين الحاكم.

قال: **وإن جعل إليه أن يوصي**، أي: عن نفسه، أو عن الموصي، ولم يعين من يوصى إليه - **ففيه قولان**:

أحدهما: يجوز؛ لأن نظر الوصي أقوى من نظر الوكيل، وقد جاز للوكيل أن يوكل

بالإذن، فيجوز للوصي[1] أن يوصي بالإذن من طريق الأولى، وهذا ما نص عليه في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، واختاره أبو إسحاق، وقال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ، وكذلك الروياني في كتاب الوكالة: إنه الصحيح.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه ليس بكامل الشفقة؛ فلم يجز له أن يختار ناظرا بعد الموت؛ كأمين الحاكم ويخالف الوكيل؛ لأن إذن موكله باق؛ لكونه حيا؛ فلذلك عمل بموجبه، وليس كذلك الوصي؛ فإن استنابه بالتصرف في وقت ليس للمستنيب التصرف فيه، ولا أن يأذن فافترقا، وهذا ظاهر نصه في المختصر، واختاره المزني.

أما إذا جعل له أن يوصي عن الموصي صح؛ كذا حكاه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وصاحب البحر في الصورتين في كتاب الوكالة، وإن أطلقوا الكلام هنا.

وكلام الرافعي مصرح بأن الخلاف في الصورة الثانية[2].

وحكى طريقة أخرى جازمة بالصحة.

ولو عين له من يوصيه؛ بأن قال: «أوصيت لك، فإن أوصيتَ إلى زيد فقد أوصيتُ إليه وهو وصيي» - فمنهم من خرجه على القولين السابقين، ومنهم من قطع بالصحة، وهذا الطريق لم يذكر الماوردي سواه، وقال: لو مات الوصي قبل أن يوصي، لم يكن زيد وصيًّا ما لم ينصبه الحاكم، وهل يجوز للحاكم أن يفوض الأمر إلى غيره ؟ فيه وجهان.

ولو قال له: أوص إلى من شئت، إلى فلان أو فلان، ولم يضف إلى نفسه،

---

(١) في جـ: للموصي.

(٢) قوله: في قول الشيخ: وإن جعل إليه أن يوصي، أي: عن نفسه، أو عن الموصي، ولم يعين من يوصي إليه، ففيه قولان.
ثم قال بعد تعليل القولين ما نصه: أما إذا جعل له أن يوصي عن الموصي، صح، كذا حكاه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وصاحب البحر في الصورتين في كتاب الوكالة، وإن أطلقوا الكلام هنا، وكلام الرافعي مصرح بأن الخلاف في الصورة الثانية. انتهى كلامه.
وهذا القسم مع تعبيره في أول المسألة بقوله: أو عن الموصي، غير مستقيم؛ لأنه تكرار ومخالفة، والصواب:أن يعبر أولًا بقوله: لا عن الموصي، ولعله كان هكذا، ولكن تحرف. [أ و].

ولا إلى الموصي، قال في التهذيب: فيحمل على الوصاية عنه حتى يجيء فيه الخلاف السابق، أو يقطع بأنه لا يوصى عنه، فيه خلاف للأصحاب والأصح الثاني، وقياس ما حكيته عن أبي الطيب وابن الصباغ أن يقال: هل يحمل على الوصاية عن الموصي حتى يصح أو عن الوصي حتى يجيء فيه القولان؟ فيه خلاف، وقد تقدم مثله في الوكالة فيما إذا أذن له في التوكيل وأطلق.

قال: فإن وصى إلى رجل، ثم من بعده إلى آخر، جاز؛ لأن عمر - رضي الله عنه - أوصى إلى حفصة في أمر الوقف، ثم من بعدها إلى ذوي الرأي من أهلها[1]، وكذلك فاطمة أوصت في وقفها إلى علي - رضي الله عنهما - فإن حدث فيه حادث، فإلى ابنها[2].

وبالقياس على ما لو قال: أوصيت إلى سنة، أو إلى أن يقدم فلان فيكون وصيي، أو إلى أن يكبر ولدي فيكون وصيي، فإنه يصح في هاتين الصورتين الأولى والأخيرة؛ [فكذلك هاهنا][3].

وفي الحاوي: أن الشافعي - رضي الله عنه - أوصى سنة إلى شخص، ثم من بعده[4] إلى غيره.

وقال الرافعي: إن هذا ظاهر المذهب.

وتحتمل الوصية التعليق كما تحتمل الجهالات.

وحكى أبو عبد الله الحناطي وآخرون خلافا؛ أخذا من الخلاف في تعليق الوكالة.

وأن بالمنع أجاب الروياني، فقال: «إذا مت فقد أوصيت إليك» لا يجوز، بخلاف قوله: «أوصيت لك إذا مت»، وقد استدل بعضهم على الجواز في مسألة الكتاب بما روي أنه - عليه السلام - بعث جيشا، وقال: «أميركم زيد بن حارثة، فإن أصيب فجعفر بن أبي طالب، فإن أصيب فعبد الله بن رواحة، فإن أصيب

---

(١) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه برقم (٢٤٨٤)، والدارقطني في السنن (٤/ ١٨٩)، والبيهقي في السنن (٦/ ١٦١).

(٢) قال الحافظ في التلخيص (٣/ ٢١١): لم أره، وقال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٣/ ١٤٩): غريب.

(٣) سقط في ج.

(٤) في ج: بعدها.

فليرض المسلمون رجلا»[١].

وأصيب مَنْ عَيَّنه رسول الله ﷺ على الترتيب، فارتضى المسلمون خالد بن الوليد، وفي الدلالة به نظر؛ لأن المستنيب هنا رسول الله ﷺ وهو [باق إذ ذاك][٢]، وهو بالوكالة أشبه، والكلام هنا في صحة الاستنابة به بعد الموت.

قال: **ولا تتم الوصية إلا بالقبول**؛ لأنها عقد على تصرف، فافتقر إلى القبول؛ كالوكالة، ومن هذا يؤخذ أنه لا بد من الإيجاب، لأن القبول بدونه لا يعقل، وحكى الإمام عن بعضهم إشارة إلى خلاف في اشتراط القبول.

ثم صريح الإيجاب أن يقول: أوصيت إليك في كذا، أو فوضت، أو أقمتك مقامي، وما أشبه ذلك، وهل ينعقد بلفظ الولاية؛ بأن يقول: وليتك كذا بعد موتي؟ فيه وجهان عن جرجانيات الروياني.

ولا خلاف أنه إذا اعتقل لسانه، وأشار إشارة مفهمة أن ذلك كاف.

ولو قرئ عليه كتاب الوصية، وأشار برأسه - أي: نعم - صحت؛ لأنه بالعجز صار كالأخرس، وهذا مُطَّرد في الوصية بالمال أيضا، والقبول لا يخفى لفظه.

وحكى الأستاذ أبو منصور وجهين في أن عمل الوصي هل يقوم مقام لفظ القبول؟

قال: **وله أن يقبل في الحال، وله أن يقبل في الثاني**؛ لأنه [إذن في][٣] تصرف لا يفوت؛ فجاز قبوله في الحال والثاني؛ كما في الوكالة.

والمراد بـ «الثاني»: بعد الموت، وهذا ما جزم به أبو الطيب، وذهب ابن سريج إلى أن القبول قبل الموت لا يعتد به؛ كما لو قبل الوصية بالمال قبل الموت، وهذا أظهر في الرافعي.

وعلى الخلاف خرج ما لو رد الوصية قبل الموت، هل يؤثر؟

فعلى الأول: نعم، وعلى الثاني: لا.

وفي البحر حكاية وجه: أنا إذا اشترطنا أن يكون القبول بعد الموت أنه يشترط

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ٢٩٩) كتاب المغازي، باب: غزوة مؤتة من أرض الشام، حديث (٤٢٦١) من حديث ابن عمر.

(٢) سقط في جـ.

(٣) سقط في جـ.

فيه الفورية.

قال: **وللموصي أن يعزله**[١] **متى شاء، وللوصى أن يعزل نفسه متى شاء**، أي: قبل الموت[٢] وبعده؛ لأنه تصرف بالإذن، فجاز لكل من الآذن والمأذون له قطعه، كالوكالة.

قال: **ولا تجوز الوصية إلا في معروف: من قضاء دين، وأداء**[٣] **حج** - أي: سواء كان الموصى إليه قريبا أو أجنبيًّا - **والنظر في أمر الصغار، وتفرقة الثلث، وما أشبه ذلك**: كبناء المساجد، وقبور الأنبياء، والعلماء والصالحين، لما فيها من إحياء[٤] الزيارة والتبرك بها، وكذا افتكاك أسارى المسلمين[٥] [وبالعكس][٦] كما صرح به القاضي أبو الطيب، وهو في الصورة الأولى[٧] بناء على الصحيح في جواز الوصية للحربي، كما ستعرفه إن شاء الله تعالى،وكذا رد الودائع والعواري والغصوب، كما ذكرناه.

ووجه الجواز في أمر الأطفال، ما ذكرناه من إسناد بعض الصحابة وصيتهم إلى الزبير، مع اشتهار ذلك وعدم الإنكار.

وأما فيما عداها؛ فلأن في ذلك إعانة على واجب أو مندوب، فاندرج في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].

ثم الوصية في أمر الأطفال معتبرة إذا لم يكن ثم جد لأب صالح [للولاية][٨]، أما إذا كان فالصحيح: أنه الولي، ولا تنفذ وصية الأب. وفيه وجه: أن الوصية تنفذ، ويقدم الوصي على الجد.

ولا خلاف في جواز الوصية مع وجود الجد في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا، وكذا إذا لم يكن في الورثة صغير، جاز له الوصاية في ذلك، نعم لا يقدر الوصي على بيع العقار؛ لوفاء الدين، إلا إذا امتنع الورثة من توفيته.

قال الرافعي: هذا إذا أطلق الوصاية لقضاء الدين، فإن قال: أدفع هذا القدر إليه

---

(١) زاد في د: نفسه.
(٢) في جـ: الإذن.
(٣) في جـ: ووفاء.
(٤) في جـ: أخبار.
(٥) في د: المشركين.
(٦) سقط في جـ
(٧) في جـ: الثانية.
(٨) سقط في جـ.

عوضا عن دينه، فينبغي ألا يكون للورثة إمساكه؛ لأن في أعيان الأموال أغراضا.

وكذلك قيل: لو أوصى بأن تباع عين ماله من فلان، نفذت.

وهذا ما أورده في البحر وجها وصححه.

ولو قال: بعه، واقض ديني من ثمنه، قال الرافعي: فيجوز ألا يكون لهم الإمساك؛ لأنه قد يكون أبعد عن الشبهات، وهذا ما حكاه البندنيجي.

وحكى في البحر ذلك وجها.

وعن القاضي الطبري: أنه لا يقضى منه بلا خلاف، ثم حكى عن أبي عبد الله الحناطي؛ تفريعا على المذهب في اعتقاده: أنه لو باع ما عينه الموصي لوفاء الدين قبل إذن الورثة وقبل ظهور التمرد منهم عن وفاء الدين - ففي البيع وجهان:

أحدهما: أنه باطل.

والثاني: أنه موقوف.

فإن أوفوا[1] الدين، فلهم أن ينقضوا ذلك، وإلا انبرم.

ثم قال: وكذلك إذا أوصى لرجل بقضاء دينه ولم يعينه في مال، فقبل إعلام القاضي الورثة[2]، باع متاع البيت؛ ليصرفه في ديونه - فيه وجهان، والأظهر: أن البيع باطل ولو لم ينصب وصيا.

قال في التهذيب: فأبوه أولى بقضاء الدين وأمر الأطفال، والحاكم أولى بتنفيذ الوصايا.

وفي كلام القاضي الحسين أمر يخالف ذلك؛ فإنه قال: لو أوصى بثلث ماله للفقراء وله في ذمة رجل مال، فدفع الغريم المال إلى الوارث، فإن سلم الوارث الثلث إلى الفقراء فذاك، وإن لم يسلم الثلث إليهم، فإن الغريم لا يبرأ عن ثلث الفقراء. بخلاف ما نقول إذا كان للميت على رجل دين، ولرجل على الميت دين، فجاء الوارث فأخذ المال من الغريم وأتلفه - برئت ذمة الغريم، ويجب الحق على الوارث.

والفرق: أن حق الفقراء متعين في ماله، ليس له أن يستبد بذلك المال، ويدفع

(١) في د: وفوا.

(٢) في د: للورثة.

بقدره إلى الفقراء، بخلاف الدين.

وأيضا: فإن الوارث له قضاء الدين وإن لم يكن وصيا [من جهة الموروث، وليس له صرف المال إلى الفقراء؛ إذا لم يكن وصيا](١)، بل الحاكم يصرف المال إليهم.

فعلى هذا صرف المال إليهم يكون تبرعا من جهته، وحق الفقراء باقٍ في مال الموروث.

وحكى عقيب ذلك فيما إذا مات وعليه دين وله على رجل دين، فجاء من عليه الدين بمال ودفعه(٢) إلى الوارث - فإن [الغريم له مطالبة الوارث](٣) بالمال، والقابض له هو الحاكم، فإذا غرم رجع بما غرمه على الوارث.

ثم قال: وهذا إنما يصح على قولنا: إن الرجل إذا مات وعليه دين وله على رجل دين، فجاء الوارث، وأقام شاهدا على ذلك الحق، ولم يحلف الوارث، أن الغريم يدعي ويحلف على قول.

وذكر أيضا في الموضع المذكور: أنه إذا كان على الميت دين، وله وديعة عند رجل، ومات: أنه ليس للمُودَع أن يدفع المال إلى الوارث، ولو أنه [دفع المال](٤) إلى الوارث وأتلفه، وجب على المودَع الضمان، والغريم يطالبه بالمال، وهو يرجع بالغرم على الوارث. انتهى.

وهذا يدل على أن الوارث لا يسوغ له قبض مال [اليتيم](٥) عند وجود الدين؛ إذا لم يكن له وصية بذلك. أما إذا كانت له وصية بذلك.

قال القاضي الحسين: إن الدفع للموصى مبرئ، وكذلك القاضي.

قال: وإن أوصى(٦) بمعصية: كبناء كنيسة، أو كتْب توراة، أو بما لا قربة فيه، كالبيع من غير محاباة - لم يصح؛ لأن الشرع إنما شرعها اجتلابا للحسنات، ولاستدراك ما فرط وفات؛ قال عليه السلام: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ؛ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ»(٧).

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: ودفع المال.
(٣) في جـ: للغريم مطالبه الغريم.
(٤) في د: دفعه.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في التنبيه: وصى.
(٧) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (٨/ ٣٢٠)، وبنحوه أخرجه البيهقي في السنن (٦/ ٢٦٩)، =

وقال ﷺ: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ»[1].

وقد انتفى المعنيان فيما ذكر، وفي الأولى والثانية ارتكاب معصية - كما صرح به الأصحاب في كتاب الجزية - فهو ضد المطلوب.

ولا فرق في ذلك بين المسلم وغيره، ولا بين أن ينفذ قاضي الكفار وقف الكنيسة؛ إذا كان الواقف ذميا، أم لا، على الصحيح.

وحكى الإمام عن صاحب التقريب احتمالا في عدم نقضه؛ إقامة لحكمه مقام التقابض فيما لو اشترى واحد منهم خمرًا وقبضه.

وألحق الماورديُّ بالمنع فيما ذكرناه في كتاب الجزية الوصيةَ بكتاب [شريعة أحكام][2] اليهود والنصارى وحقيقة دينهم وكتب النجوم والفلسفة.

وألحق القاضي الحسين بذلك كتابة الغزل؛ لأنه محرم.

وقيل: إن أوصى بالبيع من معين صح؛ لأنه قصد تخصيصه بتلك العين، وهذا ما جزم به الغزالي، وحكى في المهذب، والشاشي في المعتمد الوجهين، وكذلك المتولي، لكنه بناهما على خلاف سنذكره فيما إذا أوصى لكل وارث بعين قدر حصته من الإرث، هل يحتاج إلى الإجازة أم لا؟

إن قلنا بالاحتياج صحت الوصية هنا، وإلا فلا، ومقتضاه: أن يكون الظاهر: [الصحة][3]؛ كما صرح به في البحر.

= وأخرجه الطبراني في «الكبير» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢١٥) والدارقطني (٤/ ١٥٠) كتاب الوصايا حديث (٣) كلاهما من طريق إسماعيل بن عياش ثنا عتبة بن حميد الضبي عن القاسم أبي عبد الرحمن عن أبي أمامة عن معاذ بن جبل أن النبي ﷺ قال: «إن الله عزّ وجلّ تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم».
والحديث ضعفه الحافظ بن حجر في «التلخيص» (٣/ ٩١) فقال: وفيه إسماعيل بن عياش عن عتبة ابن حميد وهما ضعيفان. ا.هـ.

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٤١٩) كتاب الوصايا: باب الوصايا وقول النبي ﷺ: «وصية الرجل مكتوبة عنده». حديث (٢٧٣٨) ومسلم (٣/ ١٢٤٩) كتاب الوصية حديث (١، ٢، ٣/ ١٦٢٧).

(٢) في د: أحكام شريعة.

(٣) سقط في ج.

ثم ظاهر الكلام في الكنيسة إذا بنيت لقصد التعبد، أما إذا أوصى ببنيانها؛ لنزول المارة من أهل الذمة فيها، صحت الوصية؛ كما نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - في كتاب الجزية، ونقله الأصحاب.

ثم حكى الماوردي وجها آخر: أنه لا تجوز الوصية إذا خصص بالنزول أهل الذمة، وإن جازت الوصية لهم؛ لأن في ذلك جمعا لهم؛ فيؤدي إلى التعبد.

وقال: إن محل الجزم بالصحة: إذا أوصى ببنائها؛ لينزلها أهل الذمة والمسلمون.

وإن أوصى ببنائها؛ لنزول المارة والتعبد، فوجهان:

أحدهما: تبطل فيما أسند للتعبد، وتصح فيما أسند للمارة، فيبنى بنصف الموضع الموصى به موضع للنزول خاصة.

والثاني: يبنى بجميع الموصى به موضع للنزول خاصة.

ومن هذا: ما إذا أوصى بمال يسرج في البيع والكنائس، إن قصد به تعظيما لم يجز، وإن قصد به الضوء على من يأوى إليها خاصة، قال الشيخ أبو حامد، وهو ما حكاه البندنيجي وصاحب العدة والنووي في كتاب الجزية-: صحت الوصية؛ لأن قصده منفعة الذين يأوون إليها؛ فتصح كالوصية لهم ابتداء.

قلت: وقد ذكر في الوقف أنه لو وقف على كنيسة على هذا النحو لم يصح، وإن كان الوقف يجوز على أهل الذمة، لأن في الصرف على هذا الوجه تعظيما لهم، ولا يبعد أن يجيء مثله هاهنا ويعضده الوجه الذي حكاه الماوردي.

واعلم أن هذا الفصل وإن كان دالا على امتناع الوصية في مثله، فهو أيضا دال على امتناع صرف المال إلى مثل ذلك. وإن كان كذلك حسن أن تضاف الفروع المتعلقة بهذا إلى هذا الموضع:

فمنها: إذا أوصى لذميٍّ بصحف، فقد نص الشافعي - رضي الله عنه - على أن الوصية باطلة.

وقد قال القاضي أبو الطيب: قال أصحابنا: ينبغي أن يكون فيه قول آخر: أن الوصية صحيحة،ويؤمر بإزالة الملك عنه [ويعضده أنهم حكوا فيما إذا أوصى له بعبد مسلم، هل يصح، ويؤمر بإزالة الملك عنه](١) أو لا يصح؟ قولين.

---

(١) سقط في جـ.

قال: وإن أوصى لوارث عند الموت، لم تصح الوصية في أحد القولين؛ لما روى أبو داود عن أبي أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[١].

وهذا في إسناده إسماعيل بن عياش، وقد اختلف في الاحتجاج بحديثه[٢]، لكن قد خرجه النسائي وابن ماجه من حديث عمرو بن خارجة عن رسول الله ﷺ[٣].

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

قال: وتصح في الآخر، وتقف على الإجازة، وهو الأصح.

قال الماوردي: وهو المنصوص عليه في عامة كتبه؛ لما روى الدارقطني عن ابن عباس - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْوَرَثَةُ»[٤]. وهذا [ما][٥] قال عبد الحق: إنه حديث مقطوع،

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٠) كتاب الوصايا، باب: الوصية للوارث، حديث (٢٨٧٠)، والترمذي (٤/ ٤٣٣) كتاب الوصايا، باب: ولا وصية لوارث، حديث (٢١٢٠)، وابن ماجه (٢/ ٩٠٥) كتاب الوصايا، باب: لا وصية لوارث، حديث (٢٧١٣)، وأحمد (٥/ ٢٦٧)، والطيالسي (٢/ ١١٧ - منحة) رقم (٢٤٠٧)، وسعيد بن منصور (٤٢٧)، والدولابى في الكنى (١/ ٦٤)، وأبو نعيم في تاريخ أصبهان (١/ ٢٢٧)، والبيهقي (٦/ ٢٦٤) كتاب الوصايا، باب: نسخ الوصية للوالدين.

(٢) إسماعيل بن عياش هو ابن سليم العنسي:
قال البخاري: ما روي عن الشاميين فهو أصح. «التاريخ الكبير» (١/ ١١٦٩).
وقال النسائي: ضعيف. «الضعفاء والمتروكين» (٣٤).
وقال العقيلي: إذا حدث عن غير أهل الشام اضطرب وأخطأ. «الضعفاء» (١/ ٨٨).
وقال الدارقطني: مضطرب الحديث. «السنن» (٣/ ٣٠)، وقال: ضعيف. «السنن» (٤/ ٢٣٠).
وقال الحافظ: صدوق في روايته عن أهل بلده، مخلط في غيرهم. «التقريب» (ت: ٤٧٣). تنظر ترجمته في تهذيب الكمال (٣/ ١٦٣١٨١)، وتهذيب التهذيب (١/ ٣٢٠،٣٢٥).

(٣) حديث عمرو بن خارجة أخرجه الترمذي (٤/ ٤٣٤) كتاب الوصايا، باب: لا وصية لوارث، حديث (٢١٢١)، والنسائي (٦/ ٢٤٧) كتاب الوصايا، باب: إبطال الوصية للواغرث، وابن ماجه (٢/ ٩٠٥) كتاب الوصايا، باب: لا وصية لوارث، وأحمد (٤/ ١٨٦، ١٨٧)، والدارمى (٢/ ٤١٩) كتاب الوصايا، باب: الوصية للوارث، والطيالسي (١٣١٧)، وأبو يعلى (٣/ ٧٨) رقم (١٥٠٨)، والبيهقي (٦/ ٢٦٤) كتاب الوصايا، باب: نسخ الوصية للوالدين

(٤) أخرجه الدارقطني (٤/ ٩٧) كتاب الفرائض: حديث (٨٩) والبيهقي (٦/ ٢٦٣) كتاب الوصايا: باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين من طريق ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال البيهقي: (عطاء هو الخراساني لم يدرك ابن عباس ولم يره قاله أبو داود وغيره).

=

وإن يونس بن راشد وصله، والمقطوع هو المشهور، وقد جزم القاضي أبو الطيب بهذا القول في أول هذا الباب، وحكى عن المزني وابن أبي هريرة طريقة قاطعة بالقول الأول؛ لما في الإجازة من تغيير الفروض التي قدرها الله تعالى للورثة واعتبار ما نسخ.

وفي «رفع التمويه»: أن من أصحابنا من قال: القولان في الوصية له إذا جاوزت الثلث، أما إذا لم تجاوزه، فتصح قولا واحدا، كما في الأجنبي. قال: وهو ضعيف.

ثم على الأصح[١] - وهو المنصوص - إذا أجاز الورثة، فهل هي تنفيذ لما فعله الوارث أو ابتداء عطية ؟ فيه قولان في «الحاوي»، وفيه أنه لا يشترط على هذين القولين الإتيان ببذل وإيجاب، بخلاف ما إذا فرعنا على القول الأول. نص عليهما في الأم، وسنعيد الكلام فيهما فيما إذا أوصى بأكثر من الثلث وأجاز الورثة.

وحكم البيع من الوارث [بالمحاباة][٢] وفي مرض الموت بالمحاباة، وكذا الهبة - حكم الوصية وكذا ضمان الدين عنه لأجنبي، كما حكاه الإمام، وهل يكون الضمان عن الأجنبي للوارث كذلك ؟ فيه وجهان ذكرهما صاحب التقريب.

وأطلق القاضي أبو الطيب وغيره من العراقيين أن الوصية لغير الوارث كالوصية للوارث، وسنذكر [تفصيل][٣] ما قيل فيه من بعد، إن شاء الله تعالى.

ثم لا فرق في جريان القولين بين أن يوصى إليه وهو غير وارث، ثم صار وارثا، كما إذا أوصى لأجنبية، ثم تزوجها، أو لأخ وله ابن [فمات الابن][٤]؛ أو يوصي إليه وهو وارث، ثم يستمر على الصفة إلى موت الموصي، كما صرح به البندنيجي.

نعم، لو أوصى إليه وهو وارث، ثم صار عند الموت غير وارث، فالوصية نافذة.

= وأخرجه البيهقي (٦/ ٢٦٣ ٢٦٤) من طريق يونس بن راشد عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس. والحديث حسنه الحافظ في التلخيص (٣/ ١٩٩). وانظر: نصب الراية (٤/ ٤٠٤).

(٥) سقط في جـ.

(١) في جـ: الصحيح.

(٢) سقط في جـ.

(٣) سقط في جـ.

(٤) سقط في جـ.

ولا يتخرج على الخلاف المذكور في الإقرار للوارث في أن الاعتبار بالوارث بيوم الإقرار أو بيوم الموت؛ لأن استقرار الوصية بالموت، ولا ثبات لها قبله، بخلاف الإقرار.

وفي الجيلي تخريجه على ذلك ولم أره لغيره.

فروع:

إذا أوصى لكل من الورثة بقدر حصته من التركة لغت الوصية.

قال الرافعي: ويجيء فيه وجه آخر؛ لأن صاحب التتمة حكى وجهين فيما إذا لم يكن إلا وارث واحد، فأوصى له بماله.

المذهب منهما: أنه تلغو الوصية، ويأخذ التركة بالإرث.

والثاني: أنه يأخذه بالوصية إذا لم ينقصها.

وفائدة: الخلاف تظهر فيما إذا ظهر دين إن قلنا: يأخذ التركة إرثا، فله إمساكها، وقضاء الدين من موضع آخر.

وإن قلنا: إنه يأخذ بالوصية، قضاه منها، ولصاحب الدين الامتناع لو قضاه من غيرها.

ومعلوم أنه لا فرق بين [أن][1] يتحد الوارث أو يتعدد.

ولو أوصى لكل منهم بعين هي قدر حصته من ثوب وعبد وغيرهما، فهل تحتاج هذه الوصية [إلى الإجازة][2] أو لا، ويختص كل منهم بما عينه ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الأول؛ لأن الأغراض تتفاوت بأعيان الأموال والمنافع الحاصلة منها.

ووجه الثاني: أن حق الورثة يتعلق بقيمة التركة لا بعينها؛ ألا ترى لو باع المريض أعيان التركة بأثمان أمثالها، صح، وحقوقهم في القيمة موفاة، مع أنه لو باع في مرض موته من وارثه عينا بثمن مثلها لم يعترض عليه ؟!

مسألة: إذا وقف دارًا في مرض موته على ابنه الحائز لتركته: فإن أبطلنا الوصية لوارث، فالوقف على الابن باطل، وإن اعتبرناها موقوفة على الإجازة، فعن ابن الحداد - وهو المشهور، وقال الإمام: إنه لم يرو[3] في الطرق ما يخالفه - أنه ينظر:

---

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في جـ. (٣) في جـ: يَرَ.

فإن احتملها الثلث، لم يكن للوارث إبطال الوقف في شيء منها؛ لأن تصرف الوارث في ثلث المال نافذ، فإذا تمكن من قطع حق الوارث في الثلث، فلَأَن يتمكن من وقفه عليه وتعلق حق الفقراء به، كان أولى.

وإن زاد على الثلث، صح في الثلث، وما زاد عليه: إن رده بطل الوقف فيه، وإن أجازه انبنى على أن الإجازة تنفيذ أو ابتداء عطية ؟ فعلى الأول: يصح، وعلى الثاني: يتخرج على الوقف على نفسه.

وعن القفال: أن للوارث رد كل الوقف؛ لأن الثلث في حق الوارث كالزائد على الثلث في حق الأجنبي؛ ألا ترى أنه لو أوصى لأحد وارثيه بأقل من الثلث، كان للآخر الرد، فإن أجاز كان الحكم كما ذكرنا في الزائد على الثلث ؟!

وأجاب الشيخ أبو علي عما وجه [به](1) القفال بأنا إنما جوزنا لأحد الوارثين الرد؛ لأن الموروث فضله عليه، ونقص حقه عن عطية الله تعالى، وهنا لا تفضيل.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يقبل الابنُ [الوقف](2) في حياة والده أو يُقْبل له لصغرٍ - أو لا؛ لأن الرد والإجازة إنما يعتبران في الوصية بعد الموت.

وفي النهاية تصوير المسألة بما إذا كان الولد صغيرا وقَبِلَ له الوالد(3).

---

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في جـ.

(٣) قوله: مسألة إذا وقف دارًا في مرض موته على ابنه الحائز لميراثه، وقلنا بالصحيح، إنها صحيحة، ولكن يوقف على الإجازة، فالمشهور أنه ليس للوارث إبطال الوقف في شيء منها إذا احتملها الثلث؛ لأن تصرف المريض في الثلث نافذ، فإذا تمكن من قطع حق الوارث جميع الثلث، فلأن يتمكن من وقفه عليه، وتعلق حق الفقراء بطريق الأولى.
وعن القفال: أن للوارث إن ترك، ثم قال: ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يقبل الابن الوقف في حياة والده أو يقبل له لصغر، أو لا؛ لأن الرد والإجازة إنما يعتبران في الوصية بعد الموت.
وفي النهاية: تصوير المسألة بما إذا كان الولد صغيرًا أو قبله له الوالد. انتهى كلامه.
وهذا الذي نقله في آخر كلامه عن النهاية هو الصواب، وما ذكره قبله من كونه لا فرق ذهول عجيب وقع للرافعي فتابعه عليه النووي، ثم المصنف، وزاد، فعبر عنه بتعبير غير مستقيم.
وتقرير ما ذكرناه: أن الصحيح على ما قاله الإمام في كتاب الوقف اشتراط القبول في الوقف على المعين وتبعه عليه هناك أيضا الرافعي ثم النووي، فلا جرم احتاج الإمام في تصوير المسألة لما ذكره، لأن القبول لا بد منه، لا سيما وهو على الفور عند من شرطه، وإن كان حكمه حكم الوصية في حياته من الثلث، وهكذا الهبة ونحوها وفي مرض الموت، لا بد

=

ثم لا يخفى أنا إذا أبطلنا الوقف على الوارث: إما ابتداء، أو بالرد، وكان الموقوف يخرج من الثلث - أنه يتخرج إبطاله على من بعده على الوقف المنقطع الأول. وكذا إذا زاد على الثلث وقدر الثلث.

وقد أشار إلى ذلك الشيخ أبو علي، كما حكاه الإمام في كتاب الوقف.

ولو كان الوقف على ابن وبنت، على أن للابن الثلثين وللبنت الثلث، ولا وارث له سواهما، وخرجت الدار من الثلث - فلا رد لهما على مذهب ابن الحداد.

وإن زادت على الثلث فلهما رد الزائد، وفي الإجازة ما تقدم.

وإن وقفها عليهما نصفين، والثلث يحتملها، فإن رضي الابن كانت عليهما وقفا نصفين، وإن رد قال الرافعي: فظاهر جواب ابن الحداد: أن له رد الوقف في ربع الدار؛ لأنه لما رد من عليه النصف، كان من حقه أن يقف على البنت الربع، فما زاد كان للابن رده.

ثم يكون الربع المردود مطلقا بينهما على الفريضة، أي: إذا فرعنا على بطلان الوقف المنقطع الابتداء.

وقال الشيخ أبو علي: إن له رد الوقف في ثلثي الربع - وهو السدس - من الدار؛ لأنه معلق في حقه، وأما في حصتها منه - وهو نصف السدس - فلا، بل الخيرة في الرد والإجازة إليهما كما تقدم.

وهذا ما استحسنه الإمام، وقال الرافعي: إن كلام ابن الحداد في الوارث[1] في هذا الباب يمكن تنزيله على ذلك؛ فيرتفع الخلاف، لكنه يحتاج إلى ضربِ تعسفٍ.

قال: **وإن أوصى للقاتل**، أي: وهو حر، **بطلت الوصية في أحد القولين**؛ لعموم

= فيها من القبول الناجز، وإن كانت كالوصية، ولا يمكن القول بإجبار المورث في حياته لوارثه على قبول تمليك ناجز، ولأنه إذا لم يقع قبول بالكلية، لم يحصل الوقف، فكيف مجيء الكلام في أنه هل يملك إبطاله أم لا؟ نعم إن قلنا: لا يحتاج الوقف إلى القبول، فله الرد في غير هذه المسألة، وأما فيها، ففيه نظر، وقد ذكرت المسألة في المهمات أيضًا بأوضح مما هي هاهنا؛ لأجل حكاية لفظ الرافعي. [أ و]

(١) في جـ: المولدات.

قوله ﷺ: «لَيْسَ لِقَاتِلٍ وَصِيَّةٌ»[(١)]؛ كما خرجه الدارقطني عن رواية علي.

ولأنه مال يملك بالموت؛ فاقتضى أن يمنع منه كالميراث، على أن الميراث[(٢)] أقوى التمليكات، فلما منع منه القتل كان أولى أن يمنع من الوصية.

وصحت في الآخر، وهو الأصح؛ لعموم قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٤]، ولم يفرق بين القاتل وغيره.

وقوله ﷺ: «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[(٣)]؛ فإنه يدل على أن الوصية للأجنبي صحيحة، وسواء كان قاتلا أو غيره.

ولأنه تمليك يفتقر إلى القبول، فلم يمنع منه القتل؛ كالبيع والإجارة.

وما ذكر من الخبر، فقد قال أهل الحديث - ومنهم عبد الحق-: «إنه ضعيف»[(٤)]، فيه مبشر بن عبيد وغيره.

ثم إن صح، حملناه كما قال القاضي أبو الطيب على الميراث؛ لأن اسم الوصية يقع عليه؛ قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ [النساء: ١١] وأراد به: الميراث.

والجواب عن القياس على الميراث؛ بعلة استحقاقه بالموت، وهو منتقض بعتق أم الولد إذا قتلت سيدها، وحلول الدين إذا قتل رب الدين المدين، وأما الجواب عن قولهم بأن الميراث أقوى من الوصية، فممنوع؛ لأن الوصية ثبتت فيما لا يثبت فيه الميراث؛ لأنها تصح من المسلم للذمي، ولا يرث الذمي من المسلم.

وفي «رفع التمويه»: أن الأستاذ أبا منصور البغدادي قال في «الناسخ والمنسوخ»: إنه ينظر: إن كان قتله بحق من قصاص أو غيره، صحت الوصية له، وإن كان قتله ظلما فهو محل القولين.

وهذه الطريقة حكاها الرافعي عن صاحب التلخيص.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٣٦ ٢٣٧)، والبيهقي في السنن (٦/ ٢٨١)، وفي معرفة السنن والآثار (٥/ ١٠٧) من حديث علي بن أبي طالب.
وقال الحافظ في التلخيص (٣/ ١٩٧): وإسناده ضعيف جدًا قاله عبد الحق وابن الجوزى.

(٢) في جـ: الوارث.

(٣) تقدم.

(٤) في د: إن إسناده ضعيف.

وعن القفال: أنه إذا رد[1] الوصية على الإرث، فقال: إن ورثنا القاتل بحق، جوزنا الوصية له،وإلا ففيها الخلاف.

أما إذا أوصى للقاتل وهو رقيق، صحت وجها واحدا؛ لأن المستحق لذلك غيره وهو السيد.

واعلم أن المسألة مصورة في تعليق القاضي أبي الطيب بما إذا جرح إنسان إنسانا، فأوصى المجروح للجارح، ثم مات المجروح، وبما إذا أوصى لإنسان، فجرح الموصى له الموصي، ومات من جراحته.

والأحسن: ما في تعليق البندنيجي، وهو تصويرها بالصورة الأولى. وفي الحكم بالصورة الثانية: أنها هل تبطل [بعد][2] صحتها أم لا؟ على قولين.

وحكى الإمام طريقين آخرين:

أحدهما: أن الوصية في الأولى صحيحة قولا واحدا، ومحل الخلاف الصورة الثانية.

والثاني: أن الوصية في الثانية تبطل قولا واحدا، ومحل الخلاف في الأولى[3].

ثم إذا قلنا بالبطلان، فهل تنفذ [بإجازة الورثة؟ فيه وجهان، على قولنا: إن إجازة الورثة تنفيذ][4].

أما إذا قلنا: ابتداء عطية، صحت جزما، كذا قاله الإمام.

وقال عند الكلام في الوصية للوارث: إن الأصح عدم النفوذ.

وبنى الماوردي الوجهين على أن الوصية للوارث تنفذ بالإجازة أم لا ؟ فإن نفذناها، نفذنا الوصية للقاتل بالإجازة، وإلا فلا.

ثم قال: والأصح هنا عدم التنفيذ، وإن كان الأصح ثم: التنفيذ.

ولا خلاف في أنه إذا أوصى لمن يقتله: أن الوصية باطلة؛ لأنها معصية، وفيها إغراء بقتله.

فرع: إذا قتلت المدبرة سيدها: إن قلنا: إن التدبير عتق بصفة فهو باق بحاله، وإن قلنا: وصية، كان في البطلان القولان.

---

(١) في ج: أراد.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: الثانية.
(٤) سقط في د.

قال الإمام: ومنهم من أجرى القولين - وإن قلنا: إنه عتق بصفة - لكونه يخرج من الثلث وعلى هذا جرى في التهذيب.

ويعضد هذه الطريقة أن الماوردي قال فيما لو وهب في مرضه لقاتله، أو حاباه في بيع، أو أبرأه من حق-: إن ذلك مخرج على القولين؛ لأن ذلك يخرج من الثلث، ولأنهما جاريان فيما لو أعتق في مرضه عبدا، فقتله العبد حتى يكون في نفوذ عتقه قولان.

فرع: إذا أوصى لمن جرحه، ثم قتل المجروح أجنبى، استحق الموصى له قولا واحدا؛ لأنه لم يمت بجرحه.

قال: وإن [**أوصى**](١) **لحربى** أي: بغير سلاح، **فقد قيل**: **تصح**، كما تصح الهبة منه.

وهذا ما جزم به الماوردي، وهو منصوص في عيون المسائل.

وقيل: **لا تصح**؛ لأن القصد يقع للموصى له، ونحن مأمورون بقتله واستئصال ماله، فأى معنى في قصد نفعه؟!

وهذا ما نقله صاحب التلخيص عن نص الشافعي رضي الله عنه، وهو الظاهر عند الأستاذ أبي منصور، والشيخ في «المهذب» نَسَبَهُ إلى قول صاحب التلخيص نفسه.

قال: والأول أصح؛ لأنه تمليك يصح من الذمي فصح من الحربي؛ كالبيع، ولأنه إذا لم يمنع [الشركُ الحربى الوصيةَ](٢) إليه كالنكاح، وقد وافق الشيخَ على تصحيح الأول الأكثرون، وفرقوا بينه وبين الوقف على الحربي، حيث كان الصحيح فيه المنع: بأن الوقف صدقة جارية، فاعتبر في الموقوف عليه الدوام، كما اعتبر في الوقف، وبأن معنى التمليك في الوصية أظهر منه في الوقف؛ لأن الموصى له يملك التصرف في رقبة الموصى به ومنفعته، ولا كذلك في الوقف.

وهذا الخلاف يجري مثله فيما لو أوصى لشخص وهو مرتد، كما صرح به الماوردي.

ومنهم من بنى صحة الوقف عليه على أن المرتد هل يملك أو لا؟ ثم لا فرق في

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.

الوصية للحربى بين أن يكون في دار الكفر أو دار الإسلام عند القاضي أبي الطيب.

وغيره قيد المسلم بدار الحرب.

أما إذا كان الموصى به للحربى آلة الحرب، فهو كما لو باع منه سلاحا، وقد تقدم ذكره في البيع، صرح به الإمام.

قال: ولو أوصى لقبيلة كبيرة، أو لمواليه وله موالٍ من أعلى وموالٍ من أسفل - فعلى ما ذكرناه في الوقف، وقد تقدم، والمنصوص في البويطي في مسألة الموالي: الإشراك، وقد جمع الماوردي مسائل من تصح الوصية له بقوله: تجوز الوصية لكل من جاز الوقف عليه من صغير، وكبير، وعاقل، ومجنون، وموجود، ومعدوم، إذا لم [يكن وارثا ولا قاتلا][1]، وهذا يقتضي أن الوصية لعبد الغير تخرج عن القولين في الوقف عليه نفسه هل يصح أم لا ؟ فإن صح كان للسيد أن ينزعه منه، وكذا يقتضي أن الوصية للدابة تخرج على الوجهين في أن الوقف عليها هل يصح أم لا؟ فإذا صح كانت وصية للمالك وينفق عليها، إن كان يعتقد جريان الخلاف فيها، وسيأتي الكلام في ذلك، إن شاء الله تعالى.

قال: وإن أوصى لما تحمل هذه المرأة، فقد قيل: يصح.

كما لو أوصى لمن يدخل البلد من الحجيج أو من الغرباء، كذا قاله ابن الخل والقاضي أبو الطيب. ولأنه لو أوصى بحمل سيحدث صح، مع أنه تمليك ما لم يوجد؛ فلذلك يجوز تمليك من لم يوجد، وهذا ما اختاره أبو إسحاق، وأورده الأستاذ أبو منصور.

وقيل: لا يصح؛ لأنه تمليك، وتمليك من لم يوجد ممتنع، ولأنه لا متعلق للعقد في الحال؛ فأشبه ما إذا وقف على مسجد سيبنى، وهذا أظهر عند الأكثرين من الأصحاب منهم المصنف، وبه جزم الماوردي.

وقد حكى القاضي الحسين أن الوجهين ينبنيان على ما لو وقف داره على ولد سيحدث، أو على مسجد سيبنى، هل يصح؟

---

(١) سقط في جـ.

فيه قولان، وفيه وجه ثالث: وهو النظر إلى حال الموت: فإن كان [الحمل][(١)] موجودا حينئذ، صحت الوصية، وإلا فلا، وهذا ما أبداه ابن الصباغ احتمالًا لنفسه، وأيده بأن الوصية تصح للحمل في حال كونه نطفة، وإن كان لا يملك.

فرع: لو أوصى لأحد الرجلين لم يصح على أظهر الوجهين، كما في سائر التمليكات، ومحل الخلاف: إذا قال: أوصيت لأحد الرجلين، أما إذا قال: أعطوا هذا العبد أحد [الرجلين، ففي][(٢)] المهذب والتهذيب وغيرهما: أنه جائز؛ تشبيها بما إذا قال لوكيله: بع من أحد الرجلين.

قال: ويستحق الوصية بالموت؛ إن كانت لغير معين: [كالفقراء، والمساكين، والعلماء، ونحوهم؛ لأنه لا يمكن اعتبار القبول منهم.

وإن كانت لمعين، ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: تملك[(٣)] بالموت، أي: شاء أو أبى، كما ذكره القاضي أبو الطيب والبندنيجي؛ لأنه استحقاق بالوفاة، ولم يكن من شرطه القبول، كالميراث، ولأن التدبير وصية كسائر الوصايا، [يجب][(٤)] أن ينجز بالموت؛ وهذا ما حكاه محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، وأبو ثور عن الشافعي. ورأيت في نسخة من تعليق البندنيجي أن المزني نقله مع ابن عبد الحكم، فلعل ذلك غلط من الناسخ؛ فإن بعض الأصحاب قالوا: إن ابن عبد الحكم وأبا ثور تفردا بنقله عنه، وامتنع أبو إسحاق المروزي وأكثر المتقدمين من أصحابنا من إثباته قولا، ولم يثبتوا للشافعي سوى القولين الاثنين؛ لأنهما منصوصان في كتبه، وحملوا هذه الرواية على معنى أن بالقبول يحكم بدخوله بالموت في ملكه.

وابن أبي هريرة وأكثر المتأخرين من أصحابنا - كما قال الماوردي - أثبتوه قولا للشافعي.

والقائلون به يقولون: له رده، ويدخل في ملك الوارث من جهة الموصى له من حين الرد؛ كما ذكره أبو الطيب والبندنيجي.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) في التنبيه: يملكه.
(٤) سقط في ج.

قال: **والثاني: بالموت والقبول؛ لأنه تمليك بعقد؛ فيوقف الملك فيه على القبول؛ كما في البيع ونحوه.**

ووجهه ابن الصباغ والشيخ في المهذب بأنه تمليك يفتقر إلى القبول، فلم يقع الملك قبله كالهبة.

وهذا التعليل يفهم: أنا على القول الأول نعتبر الإتيان بالقبول، وإلا لكان مصادر، وعلى هذا ينطبق قول الغزالي: أما القبول فلا بد منه، وكذلك قول الإمام: لا خلاف أن القبول لا بد منه. وقد يظهر هذا تناقضا، وليس كذلك؛ بل المراد: أن القبول لا بد منه: إما في حصول الملك على القولين الآخرين، أو في لزومه على هذا القول، كما صرح به الإمام.

فرع: لمن يكون الملك بعد الموت، وقبل القبول؟ فيه وجهان:

أصحهما - وبه قال ابن سريج وأكثر البصريين-: أنه للوارث.

والثاني - وبه قال أبو إسحاق وأكثر البغداديين-: أنه مستبقى على ملك الميت، وعليهما يخرج ما إذا كان الموصى به زوجة الوارث.

فإن قلنا بالأول انفسخ النكاح، وإن قلنا بالثاني لم ينفسخ، قاله ابن الصباغ قبيل باب التعريض بالخطبة بورقة وشيء، بعد أن حكى في صدر المسألة عن ابن الحداد إطلاق القول بعدم انفساخ النكاح؛ إذا قبل الموصى له.

قال: **والثالث - وهو الأصح-: أنه موقوف، فإن قبل حكم له بالملك،** أي: يقينا، **من حين الموت، وإن رد حكم بأنها ملك للوارث؛** لأنه لا يملك[1] جعله بعد الموت للموص؛ لأنه جماد والجماد لا يملك، ولا للورثة؛ لأنهم لا يملكون إلا بعد الدين والوصية؛ للنص، ولأنه يؤدي إلى أن ينتقل الملك إلى الموصى له منهم، وذلك خلاف وضع الوصية، ولا للموصى له، وإلا لما صح رده له كالميراث، فتعين الوقف مراعاة.

قال القاضي الحسين والمتولي: وهذا الخلاف كالخلاف المذكور في حصول الملك في البيع، وعليه تتفرع مسائل:

---

(١) في جـ: يمكن.

منها: كسب العبد، وثمرة الشجرة، وسائر زوائد الموصى به إذا حصلت قبل الموت، فهي له ولورثته من بعده، وإن حصلت بعد القبول، فهي للموصى له، وإن حصلت بعد الموت، وقبل القبول فعلى الأول والثالث: هي للموصى له.

وعلى الثاني: هي للورثة على الصحيح.

وقيل: للميت حتى يقضي منها ديونه.

وقيل: للموصى له.

وإن رد، وقلنا: ملك بالموت فهي له أيضا، وبه جزم البندنيجي، وقيل: لا، وحكمها كما إذا قلنا: إنه لا يملك إلا بالقبول؛ فتكون للورثة على الصحيح، وقيل: للميت.

وحكم الحمل الحادث بعد الوصية بالجارية، حكم الزوائد الحادثة؛ فلا يدخل في الوصية، إذا كان قبل موت الموصي.

وحكى الإمام في كتاب التدبير عن شيخه إبداء احتمال في إجراء القولين في ولد المدبرة فيه، والظاهرالقطع بالأول.

ومنها: نفقة الموصى به، إذا احتاج إلى نفقة، وكذا زكاة الفطر تبنى على الأقوال.

وفي الوسيط: أنها على الموصى له إن قبل على كل حال، وعلى الوارث أن يرد على كل قول، ولا يعود فيها الوجه المذكور في الزيادات، وإن كان يحتمل أن يقال: الغرم في مقابلة الغنم، لكن إدخال شيء في المال [فهذا][1] أهون من التزام[2] مؤنه قهرا، وهذه طريقة الإمام؛ فإنه قال: ولا أحد من الأصحاب يستجيز إلزام الموصى له المؤن بين الموت والرد. فإن هذا هجوم عظيم على القواعد.

ومنها: إذا كان قد زوج أمته من حر، وأوصى له بها، فإن رد الوصية استمر النكاح، إلا إذا قلنا: إنه يملك بالموت؛ فينفسخ من يوم الموت على الأصح، وفيه وجه حكاه المتولي. وإن قبل انفسخ النكاح، ويكون من وقت الموت على قول، ومن وقت القبول على آخر.

وإن كان قد زوجها من وارثه، ثم أوصى بها لغيره، فإن قبل الموصى له الوصية استمر النكاح، إلا إذا قلنا: إن الملك يحصل بالقبول وأنه قبل الموت

---

(١) سقط في جـ.

(٢) في جـ: إلزام.

للوارث، ففيه وجهان:

أظهرهما: الانفساخ.

ووجه الثاني: أن الملك ضعيف يتعلق باختيار الغير.

وإن رد انفسخ النكاح، وفي استناده إلى حالة الموت هذا الخلاف.

وهذا إذا خرجت من الثلث، فإن لم تخرج ولم يجز الورثة، انفسخ أيضا؛ لوجود شيء منها في ملكه.

وإن أجازوا وقلنا بحصول الملك بالموت أو بالتوقف، فهل ينفسخ؟ إن قلنا: إن إجازتهم تنفيذ، وإلا فقد انفسخ.

ومنها : إذا أوصى له بمن يعتق عليه، فإن قلنا: إنه يملك بالموت، عتق عليه من غير قبول، فإن رد فهل يرتد العتق ؟

فيه وجهان:

أحدهما : نعم؛ كما لو اشترى من يعتق عليه بشرط الخيار، كان له فسخ العقد.

والثاني لا، وبه جزم المتولي، بخلاف الخيار في البيع.

قال القاضي الحسين: لأن الخيار شرع؛ لاستدراك الظلامة، فلو قلنا: ليس له الفسخ لرفعنا معنى الخيار، بخلاف ما نحن فيه.

وحكى الإمام الوجهين في أن العتق هل ينفذ قبل القبول أم لا ؟ تفريعا على أنه ملك بالموت، وشبه الخلاف بما إذا أنشأ المشتري العتق في زمن الخيار، مع قولنا: إن الملك له، وأبدى بينهما فرقا ظاهرا؛ وعلى ذلك جرى الرافعي حيث قال: المذهب أن العتق لا ينفذ قبل القبول.

وإن قلنا: لا يملك إلا بالقبول إذا قلنا بالوقف، فلم يقبل، لم يعتق، والأولى له أن يقبل، وسيأتي في كتاب العتق حكاية وجه في وجوب القبول إذا لم يلزمه نفقته.

فرع: إذا أوصى بعتق عبده بعد موته[1]، ثم مات، فلمن يكون الملك قبل اتفاق العتق؟

---

(١) في جـ: عينه.

قال الرافعي والمتولي: إنه للوارث قولا واحدا، ومَساق هذا أن العبد إذا اكتسب مالا قبل: العتق يكون للوارث؛ كما لو اكتسب الموصى به مالا قبل القبول، وقلنا بحصول الملك به لا قبله.

وقد حكى الروياني في «البحر» - في باب الإقراع بين العبيد - في كسبه قولين:

أحدهما: أنه للوارث. والثاني: للعبد المعتق.

وهذا كالعبد الموصى به لإنسان إذا اكتسب العبد مالًا بعد موت سيده، وقبل القبول، لمن يكون كسبه؟ وفيه قولان:

أحدهما: للوارث.

والثاني: للموصى له.

وإن منهم من قال: يكون للعبد قولا واحدا، وهو الصحيح. والفرق أن العبد استحق العتق بموت السيد استحقاقا مستقرًّا لا يسقط بوجه من الوجوه، وليس كذلك الموصى له؛ فإنه بالخيار: إن شاء قبل، وإن شاء رد.

قال: **فإن لم يقبل ولم يرد وطالب الورثة**، أي: على القولين الآخرين - **خيره الحاكم بين القبول والرد، فإن لم يفعل حكم عليه بالإبطال**؛ لأن الملك متردد بينه وبين الوارث؛ فأشبه المتحجر إذا امتنع من الإحياء.

وعلى هذا؛ عليه النفقة إلى أن يختار، وهذا الكلام من الشيخ يفهم أن القبول لا يشترط أن يكون على الفور.

وقد فصل الماوردي فقال: إن لم يعلم الموصى له بحقه في القبول إلى أن يعلم، [فإن كان علمه][1] عند انعقاد الوصايا وقسمة التركة، فقبوله على الفور، فإن قبل وإلا بطل حقه في الوصية.

فأما بعد علمه وقبل إنفاذ الوصايا وقسمة التركة، فمذهب الشافعي، وجمهور أصحابه: أن القبول فيه على التراخي؛ فيكون ممتدًّا ما لم يصرح بالرد، حتى تنفذ الوصايا وتقسم التركة.

وحكى أبو القاسم بن كج عن بعض أصحابنا: أن القبول بعد علمه على الفور؛ كالهبة.

---

(١) في جـ: فإذا علم كان.

وحكى في البحر: أن منهم من جعل نهايته ثلاثة أيام.

وهل يقوم رهن الموصى له الموصى به مقام قبوله ؟

فيه ثلاثة أوجه حكاها الإمام في كتاب الرهن:

أحدها: نعم، ويصح الرهن.

والثاني: لا، فلا يصح الرهن.

والثالث: يكون قبولا، ولا يصح الرهن.

ويظهر جريان هذا الخلاف في كل تصرف في معنى الرهن أو أقوى منه؛ كالبيع ونحوه، ولا خلاف في أن القبول في هذه الوصية لا يعتد به قبل الموت، وكذا الرد فيها.

قال: **وإن قبل الوصية وقبض ثم رد، لم يصح الرد**؛ لأن ملكه قد استقر؛ فلم يملك إبطاله؛ كالملك بعد القبض في الهبة.

قال: **وإن رد بعد القبول وقبل القبض، فقد قيل: يبطل** - أي عقد الوصية - وهو ظاهر النص في الأم والمذهب في تعليق البندنيجي، والأصح في غيره، قياسا على الغانمين؛ فإنهم يملكون الغنيمة بالاستيلاء، ولو أعرضوا سقط حقهم لأهل الخمس؛ كذا قاله المتولي. ولأنه تمليك من جهة آدمي من غير بدل؛ فصح رده بعد القبول وقبل القبض؛ كالوقف إذا رده بعد القبول وقبل القبض فإنه يرتد، وإن كان مالكا. [كذا][1] قاله الماوردي، والظاهر: أنه يرتد بالنسبة إلى الريع لا بالنسبة إلى إبطال الوقف.

وقيل: لا يبطل؛ لأن المعقود عليه ليس من شرط الملك فيه القبض؛ فلم يملك رده بعد القبول؛ كالبيع، وهذا ما قطع به المراوزة، كما حكاه الإمام قبيل باب نكاح المريض، وأن العراقيين ارتضوه، وحكوا معه وجها آخر.

وأشار إلى الأول ثم قال: وهو ضعيف لا مستند له من أثر [الرد][2]، ولا معنى، فلست أعتد به.

ثم على القول الثاني، إذا قبل الوارث الرد، فهل يصح الرد ؟ فيه وجهان:

---

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في جـ.

أحدهما: نعم، ويكون كالإقالة؛ فيعود المال إلى التركة.

والثاني: لا، إلا أن يأتي الموصى له بإيجاب وقبول وشروط الهبة، وحينئذ يكون ملكا للوارث لا للتركة؛ [كذا][1] حكاه الماوردي.

واعلم أن الوصية بالمال تنعقد بالإيجاب الصريح، وهو قوله: أوصيت لك بكذا، أو أعطيتك كذا، أو أعطوه، أو جعلت هذه الدار ملكه بعد الموت.

ولو قال: «عينت هذا له»، فهو كناية تنعقد بها الوصية عند النية.

ولو قال: «وهبت هذا منه»، ففي كونه كناية وجهان:

أصحهما: لا، فلو قال: «هذه لفلان»، ثم قال: أردت الوصية، لم يقبل إلا أن يقول: «هذا من مالي لفلان».

ولو قال له إنسان: أوصيت لفلان بكذا ؟ فقال: نعم.

قال المتولي: لا نجعل ذلك وصية؛ لأنه لم يأت بلفظ عقد. فهذا يشكك بما حكيناه عنه في نظر المسألة من البيع.

ولا يكفي في الوصية الكتابة، نعم لو كتب، ثم قال للشهود: [اشهدوا][2] أن مضمونها وصيتي، وختمها فهو ختمى - فهل يعمل به؟ فيه وجهان:

المشهور: لا.

وحكى في التتمة عن محمد بن نصر المروزي من أصحابنا أنه قال: يكفي، وتثبت الوصية بالشهادة على ذلك، وهو نظير وجه حكاه الغزالي في الباب الثالث في القضاء على الغائب، فيما إذا أسلم المقر [له][3] الضالة إلى الشهود، وقال: اشهدوا بما فيها؛ فإني عالم به، وقال: لعله[4] الأصح، لكنه علله بأنه مقر على نفسه بما لا يتعلق [بحق][5] الغير، والإقرار بالمجهول صحيح، وهنا قد يقال: إن ذلك يتعلق بحق الغير.

وعن بعض أصحابنا فيما رواه أبو الحسن العبادي: أنه تكفي الكتابة من غير إشهاد؛ لقوله - عليه السلام-: «إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ»[6].

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) في التنبيه: والأول.
(٥) سقط في ج.
(٦) أخرجه البخاري (٥/ ٤١٩) كتاب الوصايا: باب الوصايا وقول النبي ﷺ : «وصية الرجل =

قال: وإن مات الموصى له قبل الموصى، بطلت الوصية؛ لأنها قبل الموت غير لازمة، فبطلت بالموت؛ كما لو مات أحد المتعاقدين في البيع قبل القبول.

قال: وإن مات بعد موته - أي: وقبل القبول والرد - قام الوارث مقامه في القبول والرد؛ لأنه حق يملك ثبت للوارث بغير اختيار من له العين، فقام الوارث فيه مقام الموروث؛ كالآخذ بالشفعة.

قال الأصحاب: وليس لنا قبول يبقى بعد موت الموجب له [والموجب](1) إلا هذا.

ووراء ذلك أمران آخران:

أحدهما: حكى الشاشي قولا: أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل القبول.

الثاني: حكى الإمام وجها عن رواية الشيخ أبي علي: أن الموصى به إذا كان ممن يعتق على الموصى له: كأبيه، وابنه، لا يجوز للوارث القبول؛ فإنا لو صححنا القبول، لعتق على الميت، ولثبت له الولاء عليه، ولا سبيل لإثبات الولاء للميت، بغير إذنه؛ وهذا بناء منه على أنه يعتق على الميت. وستعرف الخلاف فيه.

ثم على الصحيح: إذا قبل الوارث، فلمن يحصل الملك في الموصى به ابتداء؟ قال الأصحاب: ذلك ينبني على أقوال الملك: فإن قلنا: يملك بالقبول، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن أبي هريرة وأبي حامد المروروزي؛ كما حكاه الماوردي: أنه حاصل للورثة ابتداء، وبهذا أجاب ابن الصباغ وأبو الطيب وآخرون. وعلى هذا: فهل تقضى منه ديون الميت، وتنفذ وصاياه ؟ فيه وجهان حكاهما القاضي أبو الطيب في المجرد، ووجه القضاء وهو المذهب في البحر، والذى حكاه ابن الصباغ عن الأصحاب: أنهم ملكوه بما ورثوه عنه من القبول، فهو موروث بسبب من جهته؛ كما يملكون الدية إذا قتل وتقضى منها ديونه، وإن قلنا: إنها ثبتت للوارث ابتداء.

= مكتوبة عنده. حديث (٢٧٣٨) ومسلم (٣/ ١٢٤٩) كتاب الوصية حديث (١، ٢، ٣/ ١٦٢٧).

(١) سقط في جـ.

ومقابله اختيار أبي حامد، ولم يحك في البحر والحاوي في كتاب الأقضية واليمين مع الشاهد سواه، وقالا: إن الموصى به يكون بين الورثة على السواء؛ تفريعا على هذا وإن تفاوتوا في الميراث، دون ما إذا قلنا: إن الملك حاصل للميت.

[والثاني][(١)] - وهو الظاهر من مذهب الشافعي كما قاله الماوردي، وبه قال أكثر البصريين، وحكاه ابن كج عن شيوخه-: أنه يثبت ابتداء للميت؛ لأن الموصي إنما أثبت الملك للموصى له؛ فلا يثبت لغيره، وقبول الوارث نيابة عنه، وعلى هذا قال الغزالي: يستند الملك إلى ألطف حين قبل موت الموصى له.

وإن قلنا بقول الوقف أو بقول انتقال الملك بنفس الموت - فالملك حاصل للموصى له.

وعلى ما ذكرناه ينبنى ما إذا كانت الوصية بمن يعتق على الموصى له، فحيث قلنا: إن الملك يحصل ابتداء للوارث، فإن كان ممن يعتق عليه الموصى به أيضا، كما إذا كان وارث الموصى له أباه والموصى به ابنه - عتق على الوارث أيضا، وولاؤه له. وإن كان ممن لا يعتق عليه، فلا[(٢)] يعتق.

وحيث قلنا: يحصل الملك للموصى له ابتداء عتق عليه، ولكن هل يرث منه ؟ ينظر: إن حكمنا بحريته عند القبول، فلا. وإن حكمنا بحريته عند الموت: فإن كان ممن يحجب الوارث القابل كما إذا كان القابل أخا للموصى له أو عمه، والموصى به ولده - فلا يرث؛ لأن ثبوته يؤدي إلى نفيه.

وأبدى ابن الصباغ في هذه الصورة احتمالا موافقا لما ذكر أنه أبداه في الإقرار من توريث الابن الذي أقر به عمه.

وإن كان الوارث القابل ابنا، والموصى به ابنا آخر، فوجهان حكاهما القاضي في المجرد.

أحدهما: أنه يرث؛ لأنه ليس في إرثه سقوط إرث أخيه الذي قبل الوصية؛ فلا يؤدي توريثه إلى نفيه، وهذا ما جزم به الماوردي.

والثاني: لا يرث، وهو من تخريج ابن سريج، وصححه الروياني والغزالي.

---

(١) سقط في جـ.

(٢) في جـ: ولا.

وكذا هو عند الإمام كما حكاه في نفوذ نكاح العبد، ووجهه: أنا لو ورثناه لاعتبرنا قبوله، ولا يعتبر قبوله في حال رقه، ولا فائدة فيه بعد العتق.

وعلى الأول قال الداركي: محله إذا كان القبول قد ثبت للموصى له وهو صحيح، أما إذا ثبت له وهو مريض، ثم مات قبل القبول - لم يرث الموصى به؛ لأن قبول الوارث يقوم مقام قبول الموروث. ولو قبل الموروث في حال مرضه، لكانت وصية للموصى به الذي يعتق عليه ولم يرثه؛ فكذلك هاهنا؛ ألا ترى أنه إذا أوصى له بولده، فقبل الوصية وهو مريض، فإنه يعتق عليه ولا يرثه ؟ وهذا منه تفريع على ما استشهد به كما هو ظاهر النص في التتمة في هذا الباب، وإلا ففي مسألة الاستشهاد وجه يأتي في العتق - إن شاء الله تعالى - أنه لا يحسب عليه من الثلث ويرثه.

ولو كان وارثَ الموصى له ابنان، فقبل أحدهما، ورد الثاني، قال الإمام: فالذى ذكره الأصحاب: أن القدر الذي قبله يعتق على الميت ثم إن كان نصيب القابل من التركة التي في يده تفى بالسراية، سرى، ويكون العتق عن الميت ابتداء وسراية والولاء له، ويرث الابن القابل وكذا الراد على أصح[1] الوجهين. وإن لم يكن في يده من التركة شيء أصلا فلا يسري.

وجواب الشيخ أبي على: أنه لا يسري في الصورة الأولى أيضا؛ فإنه لو سرى لسرى عن الميت، والعتق لا يسري على ميت؛ لأن حكمه حكم المعسرين. قال الإمام: ولا وجه إلا ما ذكره الشيخ، وما سواه غلط في القياس.

قلت: وفيما قالاه نظر؛ لأنا نفرع على قولنا الوقف، فإذا حصل القبول من الوارث، تبينا حصول العتق عند موت الموصي، وذلك في حياة الموصى له، فإذا أسرينا العتق لم نسره على ميت، بل [نسره][2] على حي.

قال: وتجوز الوصية بثلث المال، أي: الفاضل عن وفاء الدين؛ لما روى أبو قتادة أن النبي ﷺ لما وصل المدينة سأل عن البراء بن معرور، فقالوا: هلك وأوصى لك بثلث ماله، فقبله ورده على ورثته[3].

---

(١) في جـ: أحد. (٢) سقط في د. (٣) تقدم.

وقيل: إنه كان أول من أوصى بالثلث، وأول من أوصى بأن يدفن[1] إلى القبلة، ثم صارا جميعا سنة مشروعة.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون الموصي جاهلا بقدر ثلثه أو عالما. ثم الاعتبار بثلث ماله حال الوصية أو حال الموت ؟ فيه وجهان:

[الذي ذهب إليه أكثر البغداديين منهما: الأول؛ حتى لا يدخل فيه ما حدث له من بعد][2].

والذي ذهب إليه أكثر البصريين: الثاني، وهو الذي صححه البندنيجي والرافعي. وحكي عن بعضهم الجزم به.

ومساق هذا الخلاف أنه لو كان ثلث ماله عند الوصية مائة، وصار عند الموت ألفا: أن الوصية هل تكون بثلث المائة أو بثلث الألف؟

وقد حكى الإمام عند الكلام فيما إذا قال: [أعطوه][3] رأسا من رقيقي عن الشيخ أبي علي في شرح التلخيص، أن الأصحاب لم يختلفوا في صرف ثلث ما خلفه، وإنما اعتبرنا كون ذلك فاضلا عن الدين. وإن كانت الوصية في الآية مقدمة تلاوة، وبها عمل أبو ثور؛ فقدم الوصية على الدَّيْن؛ لما روي عن ابن عباس أنه قال: «إِنَّكُمْ تَقْرَءُونَ الْوَصِيَّةَ قَبْلَ الدَّيْنِ، والدَّيْنُ مُقَدَّمٌ عَلَيْهَا»، ولا يقول هذا إلا توقيفا. ولأن الدين آكد من الوصية؛ فإنه لو استغرق جميع التركة[4] لم يكن للورثة اعتراض بخلاف الوصية.

وإذا كان أقوى وجب أن يكون مقدما على الأضعف، وعلى هذا لا نقول بأن الوصية مع وجود الدين لا تصح؛ لأنه لو حصل إبراء من الدين أو تبرع أحد فقضاه من غير التركة، نفذت الوصية في التركة.

قال: فإن كان ورثته أغنياء أي[5]: بمال لهم، أو بما يحصل لهم من ثلثي التركة كما قاله القاضي أبو الطيب والبندنيجي وصاحب البحر - استحب أن يستوفى الثلث، وإن كانوا فقراء أي: لا يغنيهم الثلثان كما قال [القاضي][6] أبو الطيب وغيره - استحب ألا يستوفى الثلث؛ لما روى مسلم عن سعد بن أبي وقاص قال:

---

(١) في جـ: يدفع.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: المال.
(٥) زاد في د: إما.
(٦) سقط في د.

عادني رسول الله ﷺ في حجة الوداع [من وجع][1] أشفيت منه على الموت، قلت: يا رسول الله، بلغ مني الوجع ما ترى، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة، أفأتصدق بِثُلُثَيْ مالي ؟ قال: «لا»، قلتُ[2]: أفأتصدَّقُ بشَطْرِه ؟ قال: «لا»، قلت[3]: فالثُّلُث؟ قال: «الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ؛ إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ لَكَ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ. وَلَسْتَ تُنْفِقُ نَفَقَةً تَبْتَغِي بِهَا وَجْهَ اللَّهِ، إِلَّا أُثِبْتَ[4] عَلَيْهَا، حَتَّى اللُّقْمَةَ تَجْعَلُهَا فِي فِي امْرَأَتِكَ»[5].

وأراد سعد بأنه ليس من يرثه[6]، [أي: من ذوي][7] الأنصباء، أو من [بني][8] الأولاد، وإلا فبنو[9] عمه من بني زهرة، وفيهم كثرة. ومعنى قوله - عليه السلام-: «عالة» أي: فقراء، كما قاله الأزهري، وقال الجوهري: العيلة والعالة: الفاقة. ويتكففون الناس: أي: يسألون الصدقة بأكفهم.

وقد قال ابن الصباغ: في هذه الحالة التي ذكرها الشيخ يكون الاستحباب [في الوصية][10] بالربع فما دونه. وقال القاضي أبو الطيب: إن كان ورثته لا يفضل ماله عن غيابهم، فالأفضل ألا يوصي. وفي الرافعي إطلاق القول بأن المستحب ألا يستوفي الثلث؛ للخبر، ولما روى عن علي - رضي الله عنه- أنه قال: لأن أوصي بالخمس أحب إلى من أن أوصي بالربع، ولأن أوصي بالربع أحب إلى من أن أوصي بالثلث، فمن أوصى بالثلث فلم يترك[11]. وهذا ما حكاه الروياني عن بعض أصحابنا بخراسان.

قال: **وإن أوصى بأكثر من الثلث ولا وارث له، بطلت الوصية فيما زاد على الثلث**، أي: وصحت في الثلث؛ لقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطاكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ ثُلُثَ أَمْوالِكُمْ زِيادةً فِي أَعْمالِكُمْ»[12]؛ فدل على عدم ملكه لما زاد على الثلث. ولأن

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: قال.
(٣) في ج: قال.
(٤) في ج: أجرت.
(٥) أخرجه البخاري (٣/ ١٩٦) كتاب الجنائز، باب: رثاء النبي ﷺ سعد بن خولة (١٢٩٥)، ومسلم (٣/ ١٢٥٠، ١٢٥١)، كتاب الوصية، باب: الوصية بالثلث (٥- ١٦٢٨).
(٦) في ج: يرثني.
(٧) في د: من أرباب.
(٨) سقط في د.
(٩) في ج، د: فبني.
(١٠) سقط في ج.
(١١) في د: يدرك.
(١٢) تقدم.

الأنصاري أعتق ستة مملوكين له لا مال له غيرهم، فجزأهم رسول الله ﷺ ثلاثة أجزاء، فأعتق اثنين وأرق أربعًا[١].

قال أصحابنا: ولم يكن له وارث؛ إذ لوكان، لوقفه على إجازته.

واعلم أن ظاهر كلام الشيخ يقتضي أن الزائد على الثلث لا تنفذ [الوصية فيه][٢] بإجازة[٣] الإمام، وتوجيهه: أن مال من هذا حاله ينتقل إلى بيت مال المسلمين ميراثًا للمسلمين، والإمام نائب عنهم في التصرف فيه؛ فلا تنفذ الوصية فيما لم يجز الشرع تنفيذه بإجازته؛ كولي اليتيم.

وقد حكى المتولي وجها آخر جزم به في البحر: أنها تنفذ بإجازته[٤]؛ إقامة للإمام مقام الوارث الخاص.

وقد جعل القاضي الحسين هذا الوجه الأظهر، مع حكايته وجه المنع، وقال: إن من أصحابنا من قال: إن المال لا يصرف لبيت المال إرثا، بل صرف المال الضائع؛ لأنا نتيقن أن له وارثا من المسلمين؛ لأنه لا يخلو عن بني أعمام وهم غير معلومين؛ فبقي ضائعا يوضع في بيت المال؛ ليصرف إلى المصارف.

وهذا فيه نظر؛ لأن الميت يجوز أن يكون من زنى؛ فلا بني أعمام له؛ وبذلك ينتفي اليقين، ووراء ذلك وجهان غريبان:

أحدهما: عن شرح أدب القضاء للشيخ أبي عاصم العبادي: أن الوصية نافذة بجميع المال، كمذهب أبي حنيفة؛ تمسكا بأنه - عليه السلام - لما منع سعدا من الزيادة على الثلث، قال: «لَأَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ...»[٥] الحديث، فجعل المنع من الزيادة حقا للوارث، فلما لم يكن وارثا سقط المنع، هكذا[٦] قاله الرافعي، والكتاب المذكور هو «الإشراف»، وقد رأيت هذا الوجه فيه، لكنه ذكره بصيغة تحتمل أن يراد بها الوجه الذي حكيناه من قبل، فإنه قال: وإذا لم يكن [له][٧] وارث، صحت الوصية بجميع المال على أحد الوجهين.

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٨٨) كتاب الأيمان، باب: من أعتق شركًا له في عبد، برقم (٥٦/ ١٦٦٨).

(٢) سقط في جـ.

(٣) في جـ: إجازة.

(٤) في جـ: بإذنه.

(٥) تقدم.

(٦) في جـ: هنا.

(٧) سقط في جـ.

والثاني: حكاه القاضي الحسين في تعليقه: أنه لا تصح الوصية ممن لا وارث له بشيء من ماله للمسلمين؛ بناء على أن المال يصرف لبيت المال إرثا، والوصية للوارث باطلة، وطرده في جواز صرف شيء من مال من قتل من المسلمين - ولا وارث له - لقاتله.

والصحيح ما في الكتاب، وما ذكر في الحديث فللتنبيه على الأخص، وليس بتعليل؛ لأنه لو كان للتعليل لاقتضى جواز الزيادة على الثلث، إذا كان الورثة أغنياء، والفرق بين الوارث المعين والواحد من المسلمين إذا قلنا: إن بيت المال وارث - أن المال في الوارث المعين واصل إليه، فيؤدي إلى اجتماع الميراث والوصية له، والشرع نهى عن ذلك، بخلاف الواحد من الأجانب؛ فإن الوصية إليه ليس من ضرورتها الاجتماع مع الميراث.

قال: فإن كان له وارث، ففيه قولان:

أحدهما: تبطل الوصية، أي بالزائد على الثلث، وتصح في الثلث؛ لأن النبي ﷺ نهى سعدا عن الزيادة على الثلث[1]، والنهي يقتضي الفساد، وهذا ما اختاره كثير من مشايخ خراسان؛ كما نقله[2] في البحر، ويجيء في المسألة على هذا وجه: أن الوصية تبطل في الثلث أيضا؛ لأن المتولي حكى وجها فيما إذا أوصى بثلثه لوارثه ولأجنبي، ولم يصحح الوصية للوارث: أن الوصية للأجنبي تبطل؛ بناء على تفريق الصفقة، وحكاه في البحر - أيضا - نظرا إلى أن الصيغة جمعت حلالا وحراما، وأشار إليه البندنيجي احتمالا؛ لأنه حكى عن شيخه عدم البطلان في نصيب الأجنبى، ثم قال: وفيه نظر.

وإذا جرى هذا الوجه ثم وجب جريانه هنا؛ لأن الأصحاب عن آخرهم جعلوا الوصية بالزائد عن الثلث في حق الأجنبي والوصية للوارث بينهما[3] كان من المال على حد سواء في الصحة والفساد وكيفية الإجازة، بل القول بجريانه هنا أولى؛ لأن ابن الصباغ علل وجه الصحة في الوصية للوارث والأجنبي؛ وامتناع تخريجه على تفريق الصفقة: بأن العقد مع شخصين ينزل منزلة العقدين، ولو فسد

---

(١) تقدم.
(٢) في جـ: فعله.
(٣) في د: بهما.

أحد العقدين لم يفسد الآخر، وهنا قد انتفى ذلك؛ لأن الفساد في لفظ واحد جرى مع شخص واحد.

ثم على القول بالبطلان في أصل المسألة: إذا أجاز الوارث كان ابتداء عطية يشترط فيها شرائط الهبة، ولو كان ما جرى من الميت عتقا فلا بد من أن يأتي الوارث بلفظ العتق، ويكون الولاء فيه للوارث على الأصح، وفي الحاوي: أن أبا الحسن الفرضي - يعني ابن اللبان - قال: الولاء [لا][١] يثبت للموروث بجملته إذا لم يكن للمعتق مال سوى المعتق. وفي البحر حكاية هذا الوجه، ثم قال: واختاره أبو الحسن الفرضى. وهل يكفي فيه بلفظ الإجازة ؟ فيه وجهان في تعليق القاضي الحسين هنا، وفي الوسيط في كتاب القراض قال المتولي: وظاهر كلام الشافعي يدل على الاكتفاء به، وفي الحاوي: أنه يكفي مع النية؛ لأن ذلك كناية في العتق، والمجزوم به في تعليق البندنيجي: أنه لا يكفى.

قال: **والثاني: يصح، ويقف على إجازة الوارث، فإن أجاز، صح، وإن رد، بطل**؛ لأنها وصية صادفت ملكه، وإنما تعلق بها حق الغير؛ فأشبه بيع الشقص المشفوع؛ وهذا ما قال القاضي أبو الطيب والروياني وغيرهما: إنه الصحيح.

وقال البندنيجي: إنه المنصوص عليه في عامة كتبه وفي عامة أبواب الأم.

وعلى هذا إذا رد، فهل نقول: الزيادة ثبتت، ثم ردت، أو إذا ردت تبينا أنها لم تنفذ في غير ما بان ؟ فيه قولان حكاهما الإمام في الفروع المذكورة في كتاب العتق.

وإذا أجاز يكفي لفظ الإجازة، وإن كان الزائد على الثلث عتقا، ويكون الولاء فيه للميت، ولا يحتاج إلى إقباض في غير العتق.

ويجوز مع الجهالة كما قاله القاضي أبو الطيب في تعليقه.

وقال في التتمة: [إنه][٢] إذا أجاز مع حال الجهالة، كان كالإبراء من المجهول، وعلى ذلك جرى الرافعي، وهذه طريقة الشيخ أبي حامد، وعليها جرى في المهذب، والقاضيان أبو الطيب والحسين، [والماوردي][٣]؛ حيث قالوا تفريعا

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.

على القول الأول: إنها لا تتم إلا بالقبض، وله الرجوع فيها ما لم يقبض.

وقال القاضي الحسين: إن الخلاف في الصحة وعدمها مستنبط فيها من مسألة نص فيها الشافعي على قولين، وهي: إذا أوصى بأكثر من الثلث، وأجاز الوارث الزيادة على الثلث، فهل الإجازة [ابتداء][1] تمليك أو عطية أو تنفيذ وصية؟ على قولين.

فعلى الأول: تكون الوصية بالزيادة باطلة.

وعلى الثاني: تكون منفذة. ثم ظاهر هذا النص يقتضي الاكتفاء بلفظ الإجازة على القولين معا، وبه قال القفال، واختاره ابن الصباغ لنفسه بعد حكاية الخلاف عن الأصحاب.

قال: ولا يصح الرد والإجازة إلا بعد الموت؛ إذ لا حق للوارث قبل الموت؛ فلا ينفذ رده وإجازته؛ كما في عتق الشفيع قبل البيع، ولأن الرد والإجازة إنما يصحان من وارث، ويجوز أن يصير هذا غير وارث؛ فلم يصح الرد والإجازة.

وهكذا الحكم فيما لو أذن لمورثه في الوصية بأكثر من الثلث.

وعن الأستاذ أبي منصور فيما إذا حصلت الإجازة بعد الموت وقبل القسمة: أنها هل تنزل منزلة الإجازة قبل الموت ؟ [قال: فيه][2] قولان مخرجان للأصحاب، والظاهر لزومها.

قال: فإن أجاز، أي: على قولنا بأن الوصية صحيحة بالإجازة، ثم قال: **أجزت؛ لأنني ظننت أن المال قليل[3]، وقد بان خلافه - فالقول قوله مع يمينه أنه لم يعلم.**

صورة المسألة: أن يوصي رجل لشخص بنصف ماله، فيجيزه الوارث بلفظ الإجازة بعد الموت[4]، ثم يقول بعد ذلك: ظننت أن التركة ستة آلاف دينار - مثلا - فيكون ما أجزته ألفا، وقد ظهر لي أن التركة ستون ألفا؛ فيكون الزائد على الثلث عشرة آلاف، ولم أرض بذلك - فيكون القول قوله مع يمينه أنه لم يعلم؛ لأن الأصل عدم علمه بذلك، فإذا حلف نفذت الإجازة في القدر الذي

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: كثير.
(٤) في د: موت المورث.

ادعى علمه به - وهو ألف- وسلم للموصى له مع الثلث؛ ليكمل له أحد وعشرون ألفا، والباقي للوارث؛ لأن ذلك إسقاط حق عن أعيان، فلم يصح مع الجهل؛ كالهبة، وهذا ما نص عليه في الأم؛ كما حكاه في الشامل والبحر، وفي الإملاء؛ كما حكاه الرافعي.

وفي تعليق القاضي الحسين مع هذا وجه آخر: أنه لا تصح الإجازة في [شيء][1] أصلا؛ فيصح للوارث في مثالنا أربعون ألفا، وأن مثل هذا الخلاف يجري في الإبراء من المجهول، فعلى وجه: لا يصح في القدر الزائد على المحقق، ويصح في المحقق، [وعلى][2] وجه: لا يصح في شيء أصلا.

قلت: وعلى[3] قياس ما حكيته عن القاضي أبي الطيب من الجزم بصحة الإجازة مع الجهالة، ألا نجعل لقول الوارث أثرا، ويسلم النصف من التركة للموصى له، وكذا إذا قلنا: إن الإبراء عن المجهول يصح، ولم أر من صرح به.

ولو أقام الموصى له بينة تعلم[4] الوارث بمقدار التركة، لزمت الإجازة.

قال: وإن قال: ظننت أن المال كثير وقد بان خلافه، ففيه قولان:

صورة المسألة: أن يوصي إنسان لشخص بعبد معين أو نحوه، قيمته أكثر من الثلث، فيجيز الوارث الوصية، ثم يقول الوارث: ظننت أن المال كثير؛ فيكون الزائد من قيمة العبد على الثلث قدرا يسيرا، والآن فقد ظهر أن المال قليل، وأن قيمة العبد تستغرق أكثر التركة، ولم أرض بذلك. أو قال: ظهر لي دين لم أعلمه، أو: تبين لي أنه تلف بعض التركة - [فأحد القولين: أنه يقبل قوله][5]، كالمسألة قبلها؛ فتثبت الوصية في الثلث، والقدر اليسير الذي اعتقده كما قاله البندنيجي، والروياني، وغيرهما، وبه جزم المتولي.

والثاني: لا يقبل، وتلزم الوصية في جميع العبد؛ لأن الإجازة هنا وقعت بمقدار معلوم، والجهل حصل في غيره؛ فلم يقدح فيها، وثم الجهل حصل فيما حصلت فيه الإجازة؛ فأثر فيها، وهذا كله تفريع على القول بصحة [انعقاد][6]

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: على.
(٣) في جـ: في.
(٤) في جـ: وعلم.
(٥) في التنبيه: أحدهما يقبل.
(٦) سقط في جـ.

الوصية بالزائد على الثلث، [وأن إجازة الوارث تنفيذ. أما إذا قلنا بعدم انعقاد الوصية بالزائد على الثلث][(١)] وأن ما وجد من الوارث ابتداء عطية، فينظر بعد حلفه: إن كانت التركة في يد الموصى له، وقد وجد اللفظ المعتبر في ذلك كما قدمناه - لزمت في القدر الذي ادعى العلم [به][(٢)]، وفسدت في الباقي. كذا نصه.

وفي التتمة: أن الحكم كذلك فيما إذا كانت الإجازة بالزائد في العبد المعين، وأما إذا كانت الإجازة بجزء من التركة، فإنها تنفذ[(٣)] في الكل، وعلى ذلك جرى في الحاوي في الصورة الأخيرة.

وإن لم تكن في يده، فله الرجوع في جميع القدر الزائد؛ لعدم اتصاله بالقبض، ولا يمين عليه.

ولو أقام الموصى له بينة على علمه بمقدار التركة؛ فإن لم تكن التركة في يد الموصى له؛ فلا أثر للبينة، وإن كانت في يده كانت بمنزلة إقراره، فيخرج على أن الإذن في قبض ما وهبه له وهو في يده، هل يشترط أم لا؟

قال: وما وصى به من التبرعات، أي: كالعتق، لا في كفارة، والوقف، والهبة، وصدقة التطوع، والبيع محاباةً[(٤)] - يعتبر من الثلث، سواء وصى به في الصحة أو في المرض؛ لاستواء الكل في وقت اللزوم وهو حال الموت.

ثم المحسوب من الثلث في البيع محاباة: القدر الناقص عما يتغابن الناس بمثله. كما ذكره الأستاذ أبو منصور [والحناطي][(٥)].

قلت: وكان لا يبعد أن يعتبر جميع النقص من الثلث؛ كما قلنا في الوكيل على رأي إذا باع بأكثر مما يتغابن الناس بمثله، أو الزوج إذا أقام عند الثيب سبعا، على رأي.

ولو كان البيع بثمن مؤجل، حسبت قيمة العين بجملتها من الثلث، سواء كان البيع بثمن المثل أو بأقل أو بأكثر؛ لما فيه من تفويت اليد على الورثة، وتفويت اليد يلحق بتفويت المال؛ بدليل الغصب.

وهكذا الحكم فيما لو كان له على رجل دين حال، فأوصى بتأجيله، فإنه

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: تفسد.
(٤) زاد في د: قال.
(٥) في ج: الحناطي.

يحسب جملته من الثلث، كما ذكرناه.

قال في البحر: ويحتمل عندي أن يقال: لا يعتبر من الثلث[١] إلا التفاوت بين المؤجل والحال في العقود.

فرع: لو قال لأمته: إذا مت فأنت حرة على ألا تتزوجي؛ فإذا مات وقبلت ذلك، عتقت، ولا بد من قبولها، وإن كان لا يلزمها الامتناع من التزويج؛ قاله صاحب التهذيب، ثم قال: ويجب أن يقع قبولها بعد الموت، ويجب عليها قيمة رقبتها.

وخص الماوردي الرجوع بالقيمة إذا لم تتزوج، وأنها لا تعود ميراثا إن تزوجت؛ لأن عدم الشرط يمنع من إمضاء الوصية، ونفوذ العتق يمنع من الرجوع فيه، نعم، لو أوصى لأم ولده بألف على ألَّا تتزوج، أعطيت على هذا الشرط، فإن تزوجت استرجع الألف منها.

ولو قال لأمته: إذا مت فأنت حرة إن بقيت على الإسلام، فلا تعتق بالموت ما لم تقبل.

قال صاحب التقريب: وإذا قبلت عتقت، ويلزمها [قيمتها][٢].

قال الإمام: وما ذكره بعيد؛ فإن الإصرار على الإسلام ليس مما يتخيل مقابلته بالمال؛ فإنها في امتناعها معطلة على نفسها حقها من التمتع[٣]، فالوجه أن يجعل التعليق بالإصرار على[٤] الإسلام تعليقا محضا. ثم في النفس شيء من الحكم بعتقها في الحال، فإن عنى بقوله: «إن بقيت مسلمة» بقاءها على الإسلام إلى [وقت موته، فلا إشكال. وإن عنى: بقاءها على الإسلام][٥] إلى موتها، فالحكم بالعتق [قبل تحقق][٦] ما يكون، فيه نظر.

وما وصى به من الواجبات، أي: من قضاء دين، وأداء فرض الحج، والزكاة، فإن قيد بالثلث، اعتبر من الثلث؛ لأنه قصد الرفق بالورثة؛ فاعتبر قصده، وعلى هذا إن لم يوف الثلث بها، تممت من الثلثين.

---

(١) في جـ: التفاوت.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ، د: المستمتع.
(٤) في د: مع.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: ولم يتحقق.

وفائدة هذه الوصية - كما قال القاضي أبو الطيب-: إذا كان ثم وصية أخرى؛ فإن الثلث يقسم بينهما بالنسبة، ونكمل الواجب من رأس المال.

وحكى الشيخ أبو علي قولا آخر: أن الفائدة تقديم الواجبات على أرباب الوصايا، فإن فضل من الثلث شيء صرف إليهم، وإلا فلا.

وقد حكاه القاضي أبو الطيب من بعد في مسألة الحج، ورواه في البحر عن حكاية أبي إسحاق وابن أبي هريرة عن بعض الأصحاب، وقال: إنه المذهب.

قال: **وإن أطلق، فالأظهر: أنه لا يعتبر من الثلث**؛ لأنها في الأصل من رأس المال، فإذا لم يصرفها عنه، بقيت على الأصل، وكانت الوصية بها محمولة على التأكيد والتذكار بها، وهذا ما نص عليه عند الإيصاء بالحج في المناسك من كتبه الجديدة، وبه جزم أبو إسحاق وابن أبي هريرة؛ كما حكاه الماوردي وأكثر الأصحاب؛ كما قال القاضي أبو الطيب.

وقيل: يعتبر من **الثلث**؛ لأنها من رأس المال، فلما وصى بها كانت قرينة دالة على أنها من الثلث[١]، والوصية مصرفها من الثلث، وهذا ما نص عليه عند الإيصاء بالحج في المختصر في هذا الموضع من الوصايا، فإنه قال: [إذا أوصى بأن يحج عنه ولم يحج حجة الإسلام، فإن بلغ ثلثه حَجَّةً من بلده][٢]، حج عنه من بلده، وإن لم يبلغ، حج عنه من حيث بلغ [ثلثه][٣].

والقائلون بالأول منهم من تأوله كما سنذكره، ومنهم من نسبه إلى الغلط، وقال: إنما قال الشافعي ذلك في حج التطوع؛ فإنه قال في عيون المسائل: إذا أوصى بأن يحج عنه تطوعا، فبلغ ثلثه الحج من بلده - حج عنه من بلده، وإن لم يبلغ حج عنه من حيث يبلغ ثلثه.

ومنهم من يقول: إنه غلط من الناسخ، ويكون [موضع قوله: «ولم يحج»: و«قد حج»، وهكذا وجد في بعض النسخ.

وقيل][٤]: **إن كان قد قرن به ما يعتبر من الثلث**، أي: كما لو قال: حجوا عني وتصدقوا - اعتبر من الثلث؛ عملا بالقرينة، **وإن لم يقرن لم يعتبر**؛ عملا بالأصل.

---

(١) زاد في د: إذا الوصية.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.

وهذه طريقة أبي علي بن أبي هريرة، كما قال في المهذب، وأبى علي الطبري كما قال القاضي أبو الطيب. ورأى الإمام تخصيص هذه الطريقة بما إذا قال: أوصيت لكم[١]؛ لتحجوا عني، وتعتقوا، وتتصدقوا، فإن لم يجر لفظ الوصية، وقال: حجوا عني، وأعتقوا [وتصدقوا][٢]، فهو كما لو تجرد ذكر الحج.

وطريقة أبي علي بن خيران: حمل النص الأول على أجرة المثل من الميقات، والنص الثاني على أجرة المسير من دويرة أهله إلى الميقات.

وطريقة أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل: تخريج المسألة على قولين، وقد ألحق القاضي أبو الطيب الحج المنذور بحج الفرض، وقياسه: أن يطرد في سائر المنذورات، وكذا في الكفارات؛ لأنها لم تجب بأصل الشرع، وقد حكى ذلك القاضي الحسين قولا في المنذورات مع قول آخر: أنه إذا أوصى بها تكون من الثلث، وإن لم يوص بها لا تقضى من تركته، وجعل أصل القولين: أن ما يوجبه الإنسان على نفسه، هل يسلك به مسلك إيجاب الشرع، أو مسلك ما تبرع به الإنسان؟ وطرد القولين في الكفارات أيضا.

ومحل ذلك وفاقا وخلافا إذا كان الإلزام في الصحة، أما إذا كان في المرض، فهو محسوب من الثلث قطعا، صرح به الفوراني[٣] في كتاب الحج.

وحكى الجيلي[٤]: أن للشافعي قولا كمذهب أبي حنيفة: أنه إذا لم يوص بالحج، لا يجوز إخراجه من تركته؛ لفقد النية.

وقال: إنه في البسيط[٥].

فرع: إذا مات من عليه الواجبات ولم يوص بها، فإن كان دين لآدمي، وجب وفاؤه من تركته، فإن لم يكن له مال، فللوارث والأجنبي أن يتبرع بأدائه عنه،

---

(١) في د: إليكم.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: القواريري.
(٤) في د: الحناطي.
(٥) قوله: وحكى الجيلي عن الشافعي قولًا كمذهب أبي حنيفة: أنه إذا لم يوص بالحج، لا يجوز إخراجه من تركته؛ لفقد النية.
وقال: إنه في البسيط. انتهى كلامه.
وهو يقتضي أنه لم يقف على هذا القول إلا في هذا الكتاب الذي لا يعتمد على نقله، وهو غريب، فإن المصنف نفسه قد حكى هذا القول في كتاب الحج، ورواه عن القاضي الحسين، وعن الإمام أيضًا، وكأنه لم يستحضر ما هناك، ونقله أيضًا إمام الحرمين والبغوي والمتولي وجماعة. [أ و].

وتبرأ ذمة الميت بالقبض.

نعم، إن كان الدافع هو الوارث، وجب على رب الدين القبول، بخلاف الأجنبي.

قال الإمام في كتاب القسامة - في ضمن فرعٍ أوله: «ولو قتل عبدٌ لأم ولد»-: وغالب ظني أني رأيت لبعض الأصحاب خلافا في أن الوارث أيضا إذا لم يُخَلِّفْ من عليه الدين شيئا، تنزيله منزلة الأجنبي المتبرع بقضاء الدين.

وإن كان على الميت حج، فللوارث أن يحج عنه بنفسه، وله أن يأمر أجنبيا بذلك. وهل للأجنبي أن يفعل ذلك دون إذنه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الجواز؛ كما لو كان عليه دين فقضاه عنه.

والثاني - وهو قول أبي إسحاق [المروزي][(1)]-: المنع؛ لأن الحج عبادة تفتقر إلى النية، ولا تصح النية إلا باستنابته أو استنابة نائبه.

والزكاة في هذا المعنى كالحج، سواء فيه زكاة المال والفطر؛ فيجوز للأجنبي إخراجها عنه على الأظهر، وقد حكاه الروياني في البحر عن نصه.

وأما الكفارات، فهي مذكورة في هذا الشرح في آخر باب كفارة اليمين، وذكرنا فيه ما إذا أوصى أن يكفر عنه في الكفارة المخيرة بالعتق وكان أكثر قيمة، هل تعتبر جميع الكفارة[(2)] من الثلث أو القدر الزائد ؟ فليطلب منه.

وقد نص الشافعي في الإملاء على أن الصدقة عن الميت تنفعه، ويكون ثوابها للمتصدق[(3)] عنه، ثم قال: وواسع في فضل الله أن يثيب المتصدق أيضا.

ولا فرق في ذلك بين الوارث والأجنبي، وبهذا قال الصيدلاني وغيره.

وقال الإمام: وجدت في بعض المصنفات رمزا إلى شيء يدور في خلد الفقيه: أن الصدقة نرجو لحوق بركتها بالميت فإما أن تقع عن الميت، وصدورها من غير وارث وهي متطوَّع بها، فهذا بعيد عن القياس، وكما تجوز الصدقة عن الميت، يجوز الوقف عن الميت؛ كما صرح به صاحب العدة.

قال الرافعي: وعلى هذا القياس ينبغي جواز التضحية عن الميت؛ فإنها

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: الكفارات.
(٣) في جـ: عن المتصدق.

[ضرب][(١)] من الصدقة.

قال: وقد رأيت أبا الحسن العبادي: أطلق القول بجواز التضحية عن الغير، وروى فيه حديثا، لكن في التهذيب[(٢)]: أنه لا يجوز بغير إذنه وأمره، وكذلك عن الميت إلا أن يكون قد أوصى به.

ولا [شك][(٣)] عندنا في أن الدعاء للميت ينفعه، ويلحقه ثوابه سواء كان الداعي قريبا أو غيره؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ يَقُولُونَ رَبَّنَا ٱغۡفِرۡ لَنَا وَلِإِخۡوَٰنِنَا ٱلَّذِينَ سَبَقُونَا بِٱلۡإِيمَٰنِ﴾ [الحشر: ١٠] فأثنى عليهم بدعائهم لهم.

ولا يجوز أن يعتق عنه تطوعا، ولا ينفعه أن يصلي عنه قضاء أو غير قضاء، وكذا قراءة القرآن، واستثنى صاحب التلخيص من الصلاة ركعتي الطواف، وقال: يأتي بهما الأجير عن المحجوج عنه، ووافقه بعض الأصحاب، وقال: تقع عنه تبعا للطواف.

ومنهم من قال: هما تقعان عن الأجير، وتبرأ ذمة المحجوج عنه، كما لو ارتكب محظورًا ولزمه دم أو صوم.

والظاهر: الأول.

وأما حج التطوع إذا جوزنا الاستنابة فيه، كما هو الصحيح، فلا يجوز أن يفعل عن الميت بغير إذنه؛ كما صرح به العراقيون.

وفي أمالي أبي الفرج السرخسي: أن للوارث أن يستنيب فيه، وأنه إذا أوصى الميت إلى معين، فعل، ولو استقل به أجنبي، فوجهان:

أصحهما: المنع.

وأما ما يعتاد قراءته من القرآن على رأس القبر وعند الموتى؛ قصدا لرجاء الإجابة، قال في البحر: إنه مستحب، وقد سئل القاضي أبو الطيب عمن ختم عند القبر ختمة، وأهداها للميت؟ قال: الثواب لقارئها، ويكون الميت كأنه حاضرها ترجى له الرحمة.

---

(١) سقط في ج.

(٢) في ج: المهذب.

(٣) سقط في ج.

وفي الحاوي ما يقتضي وصول ذلك إلى الميت؛ فإنه قال: إذا تقرر ما وصفناه من عود الثواب إلى الميت بفعل غيره، فما يفعل عنه أربعة أقسام:

أحدها: [ما][1] يجوز أن يفعل عنه بأمره وبغير أمره، وذلك قضاء الدين، وأداء الزكوات، وفعل ما وجب عليه من حج أو عمرة، والدعاء له، والقراءة عند قبره، وكلام القاضي كما حكيناه في باب الإجارة يدل على وصول القراءة للميت؛ حيث [جوز][2] الاستئجار على ذلك.

قال: وما تبرع به[3] **في [حال][4] حياته: كالهبة** - أي مع الإقباض - **والوقف، والعتق[5]، والمحاباة** - أي: في البيع والشراء - **والكتابة، وصدقات التطوع: إن كان قد فعله في الصحة، لم يعتبر من الثلث**؛ لأنه مطلق التصرف في ماله لا حَقَّ لأحد فيه، **واعتبر من رأس المال**.

وهكذا الحكم فيما لو قال لعبده: أنت حر قبل مرض موتي بيوم أو شهر، ثم مرض ومات - لم يحسب ذلك من الثلث إذا مات بعد يوم أو شهر، وكذا لو قال: أنت حر قبل موتي بشهر، وقصر مرض موته عن شهر، وإن زاد على شهر فهو كما لو علق عتق عبده بصفة في حال الصحة، وحصلت الصفة في المرض، وفي ذلك قولان، قاله المتولي والقاضي الحسين وسنذكره [مرة أخرى في][6] باب التدبير.

فرع: لو كاتب عبده في الصحة، ثم أبرأه عن النجوم في مرض الموت أو أعتقه - فالمعتبر من الثلث أقل الأمرين من نجوم الكتابة وقيمة رقبته.

قال: وإن [كان][7] **فعله في مرض مخوف** [المرض المخوف][8]: كل ما يستعد الإنسان بسببه إلى ما بعد الموت، وليس من شرطه كما قال: الإمام أن تندر الحياة ويؤيس من المعالجة؛ فإن البرسام معدود من الأمراض المخوفة، والنجاة منه ليست بالنادرة، ولكن يكفي ألا يكون الهلاك منه في حكم النادر، والمرض الذي [ليس بمخوف هو الذي يليه ترتيب الموت عليه، فإن وقع الشك

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: له.
(٤) سقط في التنبيه.
(٥) في التنبيه: العتق والوقف.
(٦) في د: آخر.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في جـ.

من أنه مخوف أو غير مخوف؛][١] رجع فيه إلى قول شاهدين ذكرين حرين مسلمين عدلين من أهل الطب، إلا أن تكون العلة بامرأة على وجه لا يطلع عليه الرجال غالبا. فيقبل فيه [شاهدان، وشاهد][٢] وامرأتان، وأربع نسوة [من أهل المعرفة][٣]. وقال الإمام: والذي أرى أنه لا تلتحق [إقامة][٤] هذه الشهادة بالشهادات من كل وجه بل تلحق بالتقويم، وتعديل[٥] الأنصباء حتى يختلف الرأي باختلاف العدد، وعلى المذهب لو اختلفوا عمل بقول الأعلم، فإن[٦] استووا رجع إلى قول [الأكثر منهم عددا، فإن استووا رجع إلى قول][٧] من حكم بأنه مخوف قاله الماوردي.

ومن أنواع المخوف - كما قال الشيخ-: البرسام، وهو مرض [سببه][٨] بخار يرتفع إلى الدماغ [يتأثر به][٩] ويتغير به العقل، ولا فرق فيه بين [ابتدائه ودوامه، كما قاله الماوردي.

قال: والرعاف الدائم؛ لأنه يسقط القوة.

قال][١٠]: والزخير المتواتر، وهو خروج الخارج شيئا فشيئا بشدة [وألم][١١]، وقد يوهم انفصال شيء كبير، فإذا نظر كان قليلا، وفي معناه: الإسهال الدائم؛ لأنه ينشف الرطوبات، ولا نظر إلى طريانه يومًا ويومين إذا لم يدم إلا أن يتحرق منه[١٢] البطن فلا يمكنه الإمساك.

قال البندنيجي والقاضي الحسين: ولو ساعة واحدة، أو يخرج الطعام غير مستحيل، أو يعجل ويمنعه النوم، أو يكون معه دم من الكبد، وكذا سائر الأعضاء الشريفة، ونقل المزني أنه مع خروج الدم لا يكون مخوفا، فبعضهم خطأه، وبعضهم حمله على [دم يخرج من][١٣] البواسير ونحوها، كذا حكاه الرافعي.

وفي الوسيط: أن الموت إذا اتصل بإسهال يوم أو يومين تبين باتصال الموت

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: شهادة رجلين ورجل.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في د: التعديل.
(٦) في د: فلو.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في د: ويأثر فيه.
(١٠) في جـ: القوة.
(١١) في جـ: ألم.
(١٢) في جـ: معه.
(١٣) سقط في جـ.

به كونه مخوفا، وكذا لو ظن أن القوة تحتمل فبان خلافه، وإن جاوز الإسهال يومين، وكان ينقطع ساعة ويعود أخرى وهو كالحمى الدائمة، فيكون تبرعه في اليومين محسوبا من رأس المال، وفيما عداهما من الثلث، قاله البندنيجي.

قال: وطلق الحامل؛ لصعوبة أمر الولادة، وهذا هو الصحيح، وبه جزم في التهذيب، وفيه قول آخر ينسب إلى رواية الشيخ أبي حامد: أنه ليس بمخوف؛ [لأن الغالب السلامة، وفي الحاوي أن بعض أصحابنا قال: إنه ليس بمخوف][(١)] في حق من توالت ولادتها من كبار النساء، بخلاف الأبكار والأحداث، وأبدى الإمام احتمالا [في أن الحامل][(٢)] وإن لم تُطْلَق بعد، لا يمتنع أن تلتحق بتموج البحر ونظائره. والمنقول عن الأصحاب أنه لا أثر لذلك. وإن وضعت الحامل فالخوف باق إلى أن تنفصل المشيمة، فإذا انفصلت زال الخوف، إلا إذا حصل في[(٣)] الولادة جراحة أو حرقان شديد أو ورم وإلقاء المضغة والعلقة.

قال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والقاضي الحسين: لا خوف فيه، وعليه يدل كلام الماوردي حيث قال: إذا وضعت الولد لدون ستة أشهر ولم يتحرك، فليس بمخوف، وإن كان بعد حركته فوجهان:

أحدهما - وهو الأظهر-: أنه مخوف.

والثاني - وهو قول الشيخ أبي حامد -: أنه ليس بمخوف؛ إلحاقا بما قبل الحركة.

وفي التتمة: أن إلقاء المضغة كالولادة، وموت الولد في البطن مخوف.

قال: وما أشبه ذلك أي كالقولنج، وهو أن ينعقد أخلاط الطعام في بعض الأمعاء فلا ينزل، أو يصعد بسببه البخار إلى الدماغ؛ فيفضي إلى الهلاك.

والطاعون، وهو عند الأكثرين: هيجان الدم في جميع البدن وانتفاخه، وقيل: إنه انصباب الدم إلى عضو فيُحَمُّ[(٤)] وينتفخ، وقد يذهب العضو إن لم يتدارك أمره في الحال، وإن سلم الشخص. وقال القاضي الحسين في تعليقه والمتولي: إنه قريب من الجذام، من أصابه تآكلت أعضاؤه وتساقط لحمه.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: من.
(٤) في جـ: فحم.

وذات الجنب: وهي قروح تحدث من داخل الجنب بقرب القلب بوجع شديد ثم ينتفخ في الجوف ويسكن الوجع وذلك وقت الهلاك.

والدق: [وهو داء يصيب القلب، ووجع الخاصرة، ووجع الصدر، والسل][١]: وهو داء يصيب الرئة ويأخذ البدن منه في نقصان، واصفرار [البول][٢] [هكذا][٣] أطلق في الشامل [القول][٤] بأنه مخوف، وأطلق في المختصر بأنه ليس بمخوف في أوله، ولا في آخره؛ فإنه وإن لم يسلم منه صاحبه غالبا فإنه لا يخشى منه الموت عاجلا؛ فيكون بمثابة الشيخوخة والهرم، وقال الشيخ في المهذب والغزالي والماوردي: إنه في انتهائه مخوف دون ابتدائه، وعكس صاحب التهذيب ذلك فقال: ابتداؤه مخوف، فإذا استمر فليس بمخوف؛ لأن الغالب أنه إذا دام لا يقتل عاجلا، ويبقى مدة [وهو كالهرم][٥]؛ وبذلك يحصل في المسألة أربعة أوجه.

والفالج في ابتدائه، وهو حال السليَّة[٦]، وسببه غلبة البلغم والرطوبة؛ فإنه إذا هجم ربما أطفأ الحرارة الغريزية وأهلك، فإذا استمر لم يخف منه الموت عاجلا؛ فلا يكون مخوفا، وفيه وجه: [أنه][٧] إذا استمر وكان معه ارتعاش، لم يكن مخوفا، وإلا فهو مخوف.

والخراجة إذا كانت على مقتل أو نافذة إلى جوف أو موضع كثير اللحم، ولها ضَرَبان شديد، أو حصل معها تآكل أو ورم [مخوفة][٨]، وهكذا الحكم إذا ضرب بعصا، كما قاله البندنيجي والقاضي الحسين، وقيل: إن الورم وحده لا يوجب كونه مخوفا، وإنما يكون مخوفا بالورم مع التآكل.

والقيء إن كان معه دم أو بلغم أو غيرهما من الأخلاط، فهو مخوف، إلا أن يدوم.

والحمى اللطيفة التي لا تبرح إذا جاوزت الثلاث، فالتبرع فيها محسوب من الثلث.

وفي اليوم الأول والثاني من رأس المال كما صرح به البندنيجي، وفي الحاوي

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في ج.
(٦) في ج، د: السكتة.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في د.

إلحاق الثالث بالثاني. وكلام الإمام مصرح بأنه متى جاوزت الحمى اليومين، فالتبرع في اليومين من الثلث.

وفي التهذيب والتتمة وجه: أنها من أول حدوثها مخوفة، وعلى الأول إذا اتصل الموت بحمى يوم أو يومين، ففي تعليق البندنيجي: أنه لا أثر لذلك. وفي الوسيط لنا تبين أن ذلك مخوف، وهو منطبق على ما حكاه القاضي الحسين؛ حيث قال: [إنه](١) إذا تبرع في مرض غير مخوف ثم مات منه، بان لنا أنه أخطأ؛ فيعتبر من الثلث(٢).

وأما حمى الورد وهي التي تأتى كل يوم، والمثلثة وهي التي تأتي يومين وتقلع يوما، وحمى الأخوين وهي التي تأتي يومين وتقلع يومين - فهي من الأمراض المخوفة.

وحمى الربع، وهي التي تأتي يوما وتقلع يومين، ليست بمخوفة، وحمى الغب وهي التي تأتي يومًا وتقلع يومًا، فيها وجهان:

الذي أجاب في التهذيب منهما: أنها مخوفة.

والذي أجاب به البندنيجي والقاضيان أبو الطيب والحسين وابن الصباغ: مقابله.

والحمى اليسيرة ليست بمخوفة اتفاقا، وكذا وجع العين والضرس والجرب ونفور الطحال.

فإذا تبرع في حالة من هذه الأحوال، فتبرعه من رأس المال، وهكذا الحكم

---

(١) سقط في جـ.

(٢) قوله: والحمى في اليوم الأول والثاني يحسب التبرع فيها من رأس المال، كما صرح به البندنيجي.
وقيل: إنها من أول حدوثها مخوفة.
ثم قال: وعلى الأول إذا اتصل الموت بحمى يوم أو يومين، ففي تعليق البندنيجي أنه لا أثر لذلك.
وفي الوسيط: أن نبين أن ذلك مخوف، وهو منطبق على ما حكاه القاضي حسين حيث قال: إذا تبرع في مرض غير مخوف، ثم مات منه، بان لنا أنا أخطأنا، فيعتبر من الثلث. انتهى كلامه.
وما حكاه -رحمه الله- عن الوسيط من أن نبين أنه مخوف إذا اتصل بالموت بحمى يوم أو يومين سهو، ففي الوسيط الجزم بأنه ليس بمخوف، فإنه قال: فأما حمى يوم أو يومين، وإسهال يوم أو يومين، فهو إذا دام، صار مخوفًا، وابتداؤه مشكل، فلا نحجر عليه، فإن دام ومات تبينا فساد التصرف، أو بان أن الأول كان مخوفًا. هذا كلام الغزالي. [أ و].

في كل مرض ليس بالمخوف، ثم لا خلاف في أن المريض إذا انتهى إلى حالة شَخَصَ فيها بصرُه وابيضت عيناه لا تعتبر وصيته، ولا شيء من أقواله حتى الإسلام، وكذا [من][1] أفعاله.

وحكم من علاه الماء وهو لا يحسن السبح[2]، أو قطع نصفين وهو يتكلم، أو أخرجت حشوته - كذلك.

قال: واتصل بالموت، اعتبر من الثلث؛ لما روى مسلم عن عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة مملوكين عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين [ثم][3] أرق أربعا، وقال له قولا شديدا[4]. والقول الشديد كما رواه النسائي عن الحسن عن عمران بن حصين أنه ﷺ قال في هذه القصة: «لَقَدْ هَمَمْتُ أَلَّا أُصَلِّيَ عَلَيْهِ»[5]. فإذا رد العتق فغيره من طريق الأولى. وقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ»[6]، يشعر به، ولأن هذه الأحوال الظاهر فيها الموت؛ فكانت العطية فيها في حق الوارث بمنزلة الوصية.

فعلى هذا إن خرجت التبرعات من الثلث فلا كلام، وإن زادت عليه كان [حكمُ الزائد حكمَ الزائد][7] في الوصية على الثلث، فإن أجاز الورثة نفذت جميعها، وإن ردوا قُدِّم من التصرفات الأول فالأول، إلى أن يستوفى الثلث، بخلاف الوصية إذا زادت على الثلث، كما سيأتي.

ولا فرق بين أن يكون المتقدم المحاباة[8] ولم تتصل بالقبض أو اتصلت به، وحكى الإمام في كتاب العتق فيما إذا كان ثلث ماله ألفا، فاشترى عبدا بألفين

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: العوم.
(٣) سقط في د.
(٤) تقدم.
(٥) أخرجه النسائي (٤/ ٦٤) كتاب الجنائز: باب الصلاة على من يحيف في وصيته وأحمد (٤/ ٤٢٨، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤٥) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٣٨١) والحميدي (٢/ ٣٦٧) رقم (٨٣٠) من طريق الحسن البصري عن عمران أن رجلًا أعتق ستة مملوكين له عند موته ولم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ فغضب من ذلك وقال: لقد هممت ألا أصلي عليه ثم دعا مملوكيه فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة.
(٦) تقدم.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في جـ: للمحاباة.

وقيمته ألف، ثم أعتق العبد المشتري، فقد قال ابن الحداد: ينظر: فإن لم يكن وفى الثمن قبل العتق نفذ العتق، وردت المحاباة، ولزم البيع في العبد بثمن المثل، وإن وفى الثمن له قبلت المحاباة، ورد العتق، قال الإمام: وقد جمع ابن الحداد بين غلطين فاحشين:

أحدهما: أنه فرق بين أن يوفي الثمن وبين ألا يوفيه.

والثاني: أنه ألزم البيع بمقدار ثمن المثل، والمذهب [خلاف][1] ذلك.

ثم المعتبر من الثلث في الكتابة قيمة الرقبة بجملتها، وليس للمتبرع في هذه الأحوال أن يرجع في تبرعه اللازم مثله في حال الصحة؛ لاحتمال سلامته؛ فيكون التبرع لازما، ويجوز للمتبرَع عليه أن يتصرف فيما يُتَبَرَع به عليه تصرفَ مثلِه لو جرى التبرع من المتبرِع في صحته، صرح به الإمام هنا.

ولو كان المنجز عتق أمة في مرض الموت، ملك قَيِّمُها[2] تزويجها وإن لم يكن للمتبرع مال سواها؛ فإن ظهر أن العتق لم يشمل جميعها، تبين بطلان النكاح إن لم يجز الوارث، وكذا إن أجاز وقلنا: إنه ابتداء عطية، أما إذا قلنا: إنه تنفيذ، فيتبين صحة[3] النكاح؛ كما لو برئ، أو اكتسبت مالا تخرج من ثلثه، واعتبار الثلث بحالة الموت. ومنع ابن الحداد بعض الأصحاب التزويج في هذه الحالة؛ لأن أمر عتقها موقوف فربما لا تعتق كلها وهو ظاهر الحال، وربما تعتق كلها بأن يصح من مرضه، [أو تكتسب مالا تخرج من ثلثه][4]، وإذا كان الأمر على هذا التردد، فالنكاح على الوقف، وهو مردود عند الشافعي، رضي الله عنه.

وعلى هذا لو كانت الأمة تخرج بجملتها من الثلث ويفضل عنها، فهل يسوغ التزويج أم لا؛ لاحتمال تلف المال؟ هذا [ما أبداه الإمام احتمالا][5] لنفسه، وهذه الحالة التي يشعر نظم الوسيط بذكر الخلاف فيها، وأبدى ما حكيناه في الحالة الأولى احتمالا، والقائلون بالصحة قاسوا أمر التزويج على جواز التصرف في المتبرع به، وحكى الإمام عن الشيخ أبي علي أنه قال: ومن وافق ابن الحداد

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: ورثتها.
(٣) في ج: تنفيذ.
(٤) في د: أو تستعيد من المال ثم تخرج هذه من الثلث.
(٥) في ج: مما أبدى فيه الإمام احتمالين.

يحتمل على قياس طريقه طرد ذلك في هبة المريض، حتى يقال: لو وهب هذه الجارية التي فرضنا إعتاقها وسلمها، لا ينفذ التصرف من المتهب القابض إذا كان التصرف لا يقبل الوقف(١) ولا يحل له الإقدام على وطئها. قال: ولم يبعد أن يكون ذلك مذهبا له، يعني لأبي علي، ثم قال: ولو سلم(٢) ابن الحداد الحكم بنفوذ تصرفات المتهب في الحال لم يجد فرقا، وإن طرد الخلاف في هذه المسائل - وهو الظن به - فلا شك أن مذهبه يقع مخالفا لنص الشافعي، رضي الله عنه. حكى ذلك في كتاب النكاح [بعد أن جزم في باب تعجيل الصدقة بتسليط المتهب في المريض مرض الموت على التصرفات المفتقرة للملك التام؛ عملا باستصحاب حياة الواهب](٣).

وإيراد الرافعي هنا يقتضي منع التصرف؛ فإنه قال: إذا وجدنا المرض مخوفا، حجرنا عليه في التبرع فيما زاد على الثلث، ولم ننفذه. وفي البحر في باب عتق العبيد(٤): لا يخرجون من الثلث. [و](٥) في آخر البحر: أنه إذا أعتق ستة أعبد في مرض موته لا مال له غيرهم، لا نحكم بعتقهم؛ لجواز أن يظهر عليه دين، ولا نرقهم؛ لجواز أن يستفيد مالا يخرجون منه، [وكسبهم يكون موقوفا](٦) أيضا. ولو كان للمعتق في مرض موته مال يخرجون من ثلثه لا نحكم بعتقهم قبل موته لاحتمال(٧) أن يتلف ماله؛ فلا يصل إلى مدينه.

أما إذا لم يتصل ما ذكر من الأمراض المخوفة بالموت؛ بأن برأ منها أو قتل أو مات تحت ردم - فهي معتبرة من رأس المال، صرح به الماوردي وجزم القاضي الحسين في التعليق فيما إذا قده شخص بنصفين، أو جذ رقبته، بأنه يحسب من الثلث لأن القتل لم يزل العلة بل عجل ما كان منتظرا.

فرع: إذا باع بالمحاباة بشرط الخيار، ثم مرض في زمن الخيار، وأجاز العقد، إن قلنا: إن الملك له، فقدر المحاباة من الثلث، وإلا فلا، وكذا لو اشترى بمحاباة، ثم مرض ووجد بالمبيع عيبا ولم يرد مع الإمكان - لا يعتبر قدر

---

(١) في ج: للتصرف.
(٢) في د: حكم.
(٣) سقط في ج.
(٤) في د: العبد.
(٥) سقط في ج.
(٦) في د: وأكسابهم كون موقوفة.
(٧) في د: لجواز.

المحاباة من الثلث، نعم لو وجده وقد تعذر الرد فأعرض عن الأرش اعتبر الأرش من الثلث.

فرع: إذا استولد في مرض موته جارية، لم تحسب من الثلث؛ كما لو استهلك شيئا من الطعام للتلذذ به، أو الثياب النفيسة، وكذا لو تزوج بمهر المثل، وإن زاد عليه: فإن كانت الزوجة وارثة والزيادة وصية لوارث، وإلا فهي صحيحة، ولو تزوجت المريضة بدون مهر المثل فالقدر الناقص وصية، وهذا ما حكاه القاضي الحسين وجها في كتاب العتق، وادعى في التتمة في كتاب النكاح أنه ظاهر النص، وأن بعض الأصحاب خرج وجها أنه لا يكمل مهر المثل، وقال: إنه القياس.

فرع: إذا وجد التبرع في مرض ليس بمخوف، ثم حدث به مرض مخوف ومات منه، فإن قال أهل الصناعة: إن سببه المرض الأول، [فإنه][1] يفضي إلى العلة الثانية غالبا، فالأول مخوف، وإن قالوا: يندر إفضاء الأول إلى الثاني، فالأول ليس بمخوف.

فرع: لو اختلف الوارث والمتبرع عليه في أن المرض مخوف أم لا، ولا بينة، فالقول قول المتبرع عليه مع يمينه؛ لأن الأصل سلامته، قاله البغوي والماوردي وغيرهما.

قال: **وإن فعله في حال التحام الحرب**، أي: والطائفتان متكافئتان، أو طائفة الموصي [له][2] أضعف سواء كان من المسلمين أو من المشركين، أو من مسلمين ومشركين، وكذا قاله القاضيان[3]: أبو الطيب والحسين وغيرهما.

قال: **أو تموج البحر، أو التقديم للقتل**، أي: قصاصا، أو في قطع الطريق أو بالرجم، **ففيه قولان**:

أحدهما: **يعتبر من الثلث**؛ لأنها أحوال تستعقب الهلاك غالبا، فكانت كالمرض المخوف، ولأن نفس المريض أسكن من هؤلاء؛ لما يرجو من صلاح الدواء؛ فكان هذا بالخوف أحق، وهذا هو الأظهر.

والثاني: **لا يعتبر**؛ لأنه لم يحدث في جسمه ما يخاف منه؛ فكان كالصحيح.

---

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في جـ. (٣) في جـ: القاضي.

وهذان القولان منقولان بالنقل والتخريج؛ لأنه نَصَّ في التحام القتال وتموج البحر ووقوع الشخص في أسر كفار عادتهم قتل الأسرى - على أن ذلك يلحتق بالمرض المخوف. ونص في الإملاء على أنه إذا قدم للقتل قصاصا يكون في حكم الصحيح، فأجرى بعض الأصحاب القولين بالنقل والتخريج، وهي[(١)] الطريقة الظاهرة، وبها قال المزني وأبو إسحاق، وابن أبي هريرة، والقاضي أبو حامد، وطائفة كبيرة [كما حكاه الماوردي، ومنهم من أجرى النصين على ظاهرهما، وفرق][(٢)] بأن [عند التحام][(٣)] القتال لا يرحم بعضهم بعضا، والبحر لا يغيث، والكافر لا يرحم المسلم؛ لأنه يرى قتله دينا، ومستحق القصاص لا تتعدى منه الرحمة والعفو بعد القدرة؛ إما طمعا في الثواب أو في المال، وهذا الفرق لا يطّرد فيمن قدم للقتل بالزنى، وقطع الطريق؛ لأنه لا يرحم؛ فيلتحق على هذه الطريقة بالتحام الحرب.

ومنهم من فرق بين أن يثبت بالبينة فيكون على القولين، وبين أن يثبت بالإقرار فلا يكون مخوفا، وعلى ذلك جرى الماوردي. وقال: إنه إذا جرى بمشاهدة الإمام كان مخوفا جزما، وعن صاحب التقريب: أنه إن كان هناك من يغلب على الظن أنه يقتص من شدة حنقه أو عداوة قديمة، فهو مخوف، وإلا فلا، وهذا ما حكاه الماوردي عن ابن سريج.

أما إذا كانت طائفة الموصي أقوى، فهو في حكم الصحيح جزما، وكذا إذا كان قبل التحام القتال، ولو كانا يتراميان بالنشاب والحراب.

وظهور الطاعون في بلد هل هو مخوف ؟ فيه وجهان مخرجان من الخلاف في الصور[(٤)] السابقة، وهما جاريان فيما لو فشا الوباء فيه، وأصحهما في التهذيب: أنه مخوف، والإمام حكاه عن النص، والمجزوم به في الحاوي، مقابله. والقولان كما قال الماوردي يجريان فيمن أدركه سيل، أو نار، أو أفعى، أو أسد، ولم يتصل ذلك به بعد، لكنه لا محالة يلحقه، وكذا فيما إذا كان في مفازة، وأيس من الطعام والشراب، واشتد جوعه وعطشه.

---

(١) في جـ: وهذه.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: في حالة.
(٤) في جـ: الصورة.

قال: وإن وصى بخدمة عبد اعتبرت قيمته من الثلث على المنصوص، لا شك في جواز الوصية بمنافع العبد والدار دون الرقبة مؤقتة ومؤبدة، وكذا بغلة الدار والحانوت؛ لأن منافع الأعيان لما جاز تملكها بعوض وبغير عوض، جازت الوصية بها كالأعيان، وقد ألحق بذلك الوصية بثمار البستان التي ستحدث، وهو ظاهر النص في المختصر كما سنذكره، وفيه وجه: أنه لا يصح، ثم للموصى له تمليك المنفعة المعتادة، والإجارة، والإعارة، والوصية؛ فهو[١] لا فرق فيه عند الأصحاب بين: أوصيت لك بمنفعة العبد، أو بغلته، أو بكسبه، أو بخدمته، وبمنفعة الدار، وسكناها، أو غلتها.

وللرافعي احتمال في هذا الإطلاق.

وهل يملك الموصى له الأكساب النادرة؟

فيه وجهان، أصحهما في البحر والحاوي: نعم.

وفي الرافعي: مقابله، وحكي عن الحناطي وأبي الحسن العبادي الوجهين في مطلق الأكساب عند إطلاق الوصية بالمنفعة، وأيد بوجه المنع ما أبداه احتمالا.

وإذا مات الموصى له بخدمة العبد وغلة الدار، انتقلت المنفعة إلى وارثه، وفي الإبانة والبحر حكاية وجه: أنها لا تنتقل إلى وارثه، بل تبطل. وعن رواية أبي علي الطبري وغيره حكاية وجه: أن المؤقتة لا تنتقل إلى وارث الموصى له، وحكى في البحر عن القفال أنه قال: إنه المذهب.

وإذا أراد الموصى له بالمنفعة المسافرةَ بالعبد، فهل له ذلك ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا. وهو اختيار أبي طاهر الروياني[٢]؛ كالأمة المزوجة لا يملك الزوج[٣] المسافرة بها.

وأصحهما: نعم. بخلاف السيد مع الزوج؛ فإن السيد يملك المنفعة [بالاستخدام وغيره سوى الوطء][٤]، والوارث لا يملك[٥] المنفعة، وإذا تلفت العين في يد الموصى له، لم يضمنها، وليس عليه مؤنة الرد عند الرد، [كذا هو في التهذيب][٦].

---

(١) في د: بها.
(٢) في د: الزيادي.
(٣) في د: زوجها.
(٤) في د: في الليل.
(٥) زاد في د: له.
(٦) سقط في ج.

ولو قال: أوصيت لك بمنافعه مدة حياتك، فهذه إباحة وليس بتمليك؛ فليس له الإجارة، وفي الإعارة وجهان، وإذا مات [الموصى له][1] رجع الحق إلى ورثة الموصي.

وقد ألحق القفال وغيره بهذا ما إذا قال: أوصيت لك أن يخدمك العبد، أو أن تسكن هذه الدار؛ فيكون إباحة لا تمليكا، وكذلك قال المتولي فيما إذا أوصى بأن يستخدم العبد ويسكن الدار؛ فلا يجوز له الإجارة، وله أن يستوفي المنافع بنفسه. وهل له أن يعير ؟ فيه وجهان؛ بناء على أن المستعير هل يعير أم لا ؟ وإذا تقرر هذا، فما المعتبر من الثلث عند تأبيد الوصية بخدمة العبد؛ لكونه صرح به أو أطلق، كما حكاه البندنيجي؟ المنصوص للشافعي في الإملاء واختلاف العراقيين: أن قيمة الرقبة والمنفعة كما قاله الشيخ، وهو ظاهر النص في المختصر[2] فإنه قال: لو أوصى بخدمة عبده، أو بغلة داره، أو بثمرة بستانه والثلث يحتمله، جاز ذلك، ووجهه كما قال أبو الطيب: أن المنافع مجهولة؛ فإنه يجوز أن يبقى العبد وكذا الدار، والبستان مدة طويلة؛ فيحصل لها منافع كثيرة، ويجوز أن تتلف فتذهب منافعها، وإذا كانت مجهولة لم يمكن اعتبار قيمتها؛ فاعتبرت قيمة محلها وهي الرقبة؛ ولأن يده حالت بين الورثة و[بين][3] العين، والحيلولة كالإتلاف؛ بدليل أن الغاصب يضمن بها، وذكر الماوردي أن ابن سريج اختار هذا، فعلى هذا إذا قيل: قيمة الرقبة ومنفعتها مائة، فإن خرجت من الثلث فذاك، وإلا نفذ منه بقدر ما يخرج من الثلث إن لم يجز الورثة، فإن خرج منه النصف مثلا ففي كيفية استيفائه وجهان:

أحدهما: يستخدم نصف العبد.

والثاني: يتهايآن فيه. وحكى في الحاوي وجها عن المنصوص: أن[4] [الموصى له][5] يملك الرقبة، وإن منع من بيعها كأم الولد، ونسبه إلى القاضي أبي حامد.

قال: وقيل: تعتبر المنفعة من الثلث؛ لأن الموصي إنما أوصى بالمنفعة، [واعتبر][6] خروج قيمتها من الثلث، كما لو أوصى بمنفعة عشر سنين؛ فإنا نعتبر

---

(١) سقط في ج.
(٢) في د: البحر.
(٣) سقط في ج.
(٤) في د: أنه.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: فاعتبر.

قيمة المنفعة لا قيمة الرقبة. قال الماوردي: ولأنه لو أوصى بالمنفعة لرجل وبالرقبة لآخر، لم يُقَوَّمْ في حق صاحب المنفعة إلا المنفعة دون الرقبة باتفاق أصحابنا؛ فكذلك إذا استبقى الرقبة على ملك الورثة، وقد وافقه على ما استشهد به القاضي الحسين، وهذا ما نسبه البندنيجي إلى ابن سريج، وفي تعليق القاضي أبي الطيب: أن بعض الأصحاب خرج ذلك قولا للشافعي وجزم به، وهو جار فيما إذا أوصى بثمرة[1] البستان [ومنافع الدار][2]، كما هو في المهذب وغيره، فعلى هذا تقوم العين بمنفعتها، فإذا قيل: مائة، قومت مسلوبة المنفعة، فإذا قيل: عشرة حسب على الثلث تسعون، وهل تحسب العشرة على الورثة من الثلثين، فيه وجهان حكاهما العراقيون والمراوزة عنهم، وأظهرهما في الرافعي هو الذي نسبه البندنيجي إلى ابن سريج، والماوردي إلى أبي إسحاق: أنها تحسب عليهم، فعلى هذا في مثالنا: إذا كان موجود الميت غير العبد مائة وسبعين نفذت الوصية.

والثاني: لا تحسب عليهم. فعلى هذا يعتبر في نفاذ كل الوصية أن تكون التركة - غير العبد - مائة وثمانين، وقد طرد المتولي هذا الوجه، فيما إذا أوصى بالمنفعة لشخص وبالرقبة لآخر، أن الموصى له بالرقبة لا تحسب عليه من الثلث. واستضعف القاضي أبو الطيب تقويم الرقبة مسلوبة، وقال: ما لا منفعة له، لا قيمة له كالحشرات التي لا منافع لها ولا يصح بيعها، واستبعده الرافعي من جهة أنا إذا قومنا الرقبة مع منافعها فلا نعتبر فيه إلا صفات الرقبة في الحال، ولا ننظر[3] إلى تأبدها [ولا][4] تأقيتها كما لا ينظر في الدواب إلى مدة بقائها، والموصى به ليس مجرد المنفعة، بل منفعة مدة العمر، فإذن الطريق لو أفاد، إنما يفيد معرفة قيمة المنفعة لا قيمة المنفعة أبدا، وهي التي أوصى بها، ثم قال: لكن هذا التقويم صالح لمعرفة ما فات على الورثة؛ لأنا إذا قومناه منتفعا به ومسلوب المنفعة عرفنا أن ما نقص هو الذي فوته عليهم؛ فأمكن أن يقال إنه المعتبر من الثلث، فالذي ينبغي أن يعتبر من الثلث هو الذي نقص من قيمتها، وهذا ما قال في الوسيط: إنه الصحيح، والذي صححه القاضي أبو الطيب، والأكثرون مقابله، أما

---

(١) في د: بثمار.
(٢) في جـ: أو منفعة دار.
(٣) في د: ينظر.
(٤) سقط في جـ.

إذا أوصى [له][(١)] بالخدمة منه مثلا، فالمعتبر من الثلث قيمة المنفعة لا غير عند الماوردي والقاضي أبي الطيب، وفي كيفية التقويم وجهان:

أحدهما - عن ابن سريج، وهو الأظهر عند الرافعي-: أنه يقوم الرقبة بمنفعتها، فإذا قيل: مائة قومت مسلوبة المنفعة سنة، فإذا قيل: ثمانون كانت الوصية بعشرين، والثاني: تقوم خدمة مثله سنة ولا تقوم الرقبة؛ لأن المنافع المستهلكة في العقود [والغصوب][(٢)] هي المتقومة دون الأعيان؛ فكذلك الوصايا. قال الماوردي: وهذا الذي أراه مذهبا. واستبعده في الوسيط؛ بسبب أن المنافع تحدث بعد الموت؛ فليس الموصي بها[(٣)] مفوتا لها من ملكه، ووراء ما ذكرناه فيما [يعتبر من الثلث في هذه الحالة طرق:

أحدها - نقله بعض الشارحين-: أنه كما][(٤)] إذا أوصى بالمنفعة أبدا.

والثاني - عن الخضري-: [أنا إذا اعتبرنا في المؤبدة][(٥)] ما بين القيمتين فهاهنا أولى، وإلا فوجهان؛ بناء على جواز بيع المستأجر: إن جوزناه، اعتبر[(٦)] قدر التفاوت من الثلث، وإن منعناه، اعتبرنا قيمة الرقبة؛ لأنها كالتالفة.

الثالث - حكاه[(٧)] الإمام-: أنا إن جوزنا بيع العين كان المحتسب من الثلث قيمة المنفعة قولا واحدا، وإن لم نجوزه: فمنهم من قطع بأن المحتسب من الثلث المنفعة لا غير، ومنهم من خرج المنفعة على وجهين كالوجهين المتقدمين في الوصية بالمنفعة أبدا.

ثم عن الطريق الذي حكيناه عن الماوردي وغيره، ما كيفية استيفاء المدة؟ قال الماوردي: ينظر، فإن كان في التركة [مال][(٨)] غير العبد، إذا أمكن الموصى له استخدام العبد سنة، أمكن الورثة أن يتصرفوا في تلك السنة بما يقابل مثلي العبد، فللموصى له أن يستخدم جميع العبد سنة متوالية، وإن لم يكن في التركة مال غير العبد ففي كيفية استخدام الموصى له [العبد][(٩)] ثلاثة أوجه حكاها ابن سريج:

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: به.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: اعتبرنا.
(٧) في د: الثالثة حكاها.
(٨) سقط في ج.
(٩) في د: سنة متوالية وإن لم يكن.

أصحها: يستخدمه سنة متوالية.

والثاني: [يستخدم ثلث العبد ثلاث سنين، و][١] يستخدم الورثة ثلثيه، حتى يستوفي الموصى له سنة.

والثالث:[٢] أن الورثة والموصى له يتهايئون عليه، فيستخدمه الورثة يومين والموصى له يوما، حتى يستوفي الموصى له سنة.

ولو أوصى له بثمرة بستان عشر سنين، ففي الحاوي حكاية وجه: أن الوصية لا تصح؛ لعدم إمكان تقويم الثمار، ومنهم من قال [بالصحة، وهو الصحيح][٣]؛ كما في منافع العبد والدار، ثم على هذا ففي كيفية التقويم وجهان:

أحدهما: يقوم البستان كامل المنفعة [ومسلوب المنفعة][٤]، ويعتبر ما بين القيمتين. والثاني: ينظر إلى ما يثمره النخل غالبا في كل عام، ثم نعتبر قيمته بالغالب من قيمة الثمرة في أول عام ولا اعتبار بما يحدث من بعد[٥] من زيادة أو نقصان.

فرع: إذا غصب العبد الموصى بمنفعته، فلمن تكون أجرة المدة التي كانت في يد الغاصب؟ قال في التتمة: إن قلنا: المعتبر من الثلث جميع القيمة، فهي للموصى له. وإن قلنا: المعتبر التفاوت، فوجهان:

أحدهما: أنها لمالك الرقبة؛ كما لو غصب العبد المستأجر، وأظهرهما وبه جزم الإمام: أنها للموصى له؛ لأنها بدل ملكه، ويخالف المستأجر؛ لأن الإجارة تنفسخ في تلك المدة؛ فتعود المنافع إلى ملك مالك الرقبة.

فرع:[٦] إذا انهدمت الدار الموصى بمنافعها، فأعادها الوارث بآلاتها، فهل يعود حق الموصى له؟ فيه وجهان في المعتمد والحاوي، ولو أراد الموصى له إعادتها بآلتها، فعلى الوجهين.

فرع:[٧] إذا قال للورثة: استخدموا عبدي سنة بعد موتي، ثم هو بعد السنة وصية لفلان - جاز ولا تقوم خدمة السنة على الورثة؛ لأنهم استخدموا ملكهم،

---

(١) سقط في د.
(٢) زاد في د: سنبينه.
(٣) في د: هو الصحيح بالصحة.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: بعده.
(٦) زاد في د: و.
(٧) زاد في د: و.

قاله في البحر.

فرع: إذا أوصى بمنفعة عين لشخص وبرقبتها لآخر، فرد الموصى له بالمنفعة الوصية، فهل تعود المنفعة إلى الورثة ؟ أو إلى الموصى له بالعين ؟ فيه وجهان في التتمة هنا وفي كتاب الإجارة.

قال: **وإذا عجز الثلث عن التبرعات المنجزة في حال المرض، بدئ بالأول فالأول**؛ لأن الأول أقوى[١]؛ فإنه لازم لا يفتقر إلى رضا الورثة، وما بعده مما لا يخرج من الثلث يفتقر إلى رضاهم؛ فضعف، والقوي مقدم على الضعيف.

ولا فرق بين أن يكون المتقدم و[٢] المتأخر من جنس أو من جنسين.

[ولو كان المتقدم عتق عبد يخرج من ثلثه، والمتأخر هبة جارية لا تخرج منه، ووقعت الهبة من المعتق، وقد وطئها المتهب، وولدت له، ثم مات المريض، ورد الوارث ما يزيد على الثلث بالعتق بعين ما قررناه - يتقدم والهبة مردودة. قال الإمام في باب تعجيل الصدقة من كتاب الزكاة: فيسترد الوارث الجارية، ويسترد ولدها رقيقا إذا كان الإعلاق على علم بحقيقة الحال وحكمها. قال: وقطع شيخي بالجواب فيه[٣]، فإن قيل: إذا حكمتم بأن الوارث إذا أجاز فهو منفذ، فليس بمبتدئ في العطاء، فهل تحتمل إذا رفع التفريع عليه أن يقال: الملك في الجارية ينقطع بالرد؟ قال: قلنا: مبنى الرد والإجازة في الوصاية على الإسناد، فإذا ردت وصيته فتبين أن الملك لم يتم فيها أصلا، وإن كنا نرى الإجازة من الوارث تنفيذًا، والقول في هذا ينزل منزلة القول في الهبة ينقض قبل القبض.

قلت: وفي هذا الجواب نظر؛ فإن المنقول فيما][٤] إذا[٥] رد الورثة ما زاد على الثلث، [فإنا ننظر][٦] فإن كان باقيا استرده الورثة، وإن كان تالفا استردوا القيمة، وهل يستردون الزوائد والكسب الذي حصل فيها؟[٧] قال القاضي الحسين في تعليقه: يحتمل وجهين، كما لو هلك المبيع قبل القبض، انفسخ العقد وعاد إلى ملك البائع، والولد والكسب لمن يكون ؟ فعلى وجهين لأصحابنا، ينبنيان

---

(١) في د: قوي.
(٢) في جـ: أو.
(٣) زاد في د: وهو كما قال.
(٤) سقط في جـ.
(٥) زاد في جـ: فرع.
(٦) سقط في جـ.
(٧) زاد في د: كما بينها.

على أن الفسخ وقع من وقته أو من أصله.

قال: وإن وقعت دفعة واحدة ويتصور ذلك بالوكالة أو إذا قال لعبديه: أنتما حران، أو: نصف كل واحد منكما حر، وأبرأ جماعة من دين له عليهم، ونحو ذلك.

قال: أو أوصى وصايا متفرقة، أو[1] زائدة على الثلث أو دفعة واحدة، فإن لم تكن عتقا ولا معها عتق، قسم الثلث بين الجميع، أي: كما تقسم التركة على الديون إذا ضاقت عن الوفاء؛ لتساويهم في[2] الاستحقاق وعدم المرجح، وذلك في التبرع الناجز والوصايا المتجمعة ظاهر، ووجهه في الوصايا المتفرقة: أن لزومها في وقت واحد وهو [وقت][3] الموت، بخلاف التبرعات المنجزة. قال: وإن كان فيها عتق وغير [عتق][4] **ففيه قولان**:

أحدهما: يقدم العتق؛ لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: يبدأ في الوصايا[5] بالعتق.

وعن ابن المسيب أنه قال: مضت السنة أن يبدأ بالعتاقة في الوصية، ولأن العتق أقوى؛ لأن له سراية، وحق الله تعالى وحق الآدمي يتعلقان به.

والثاني: يسوى بين الكل؛ لما روي عن[6] عمر أنه: حكم للرجل يوصي بالعتق وغيره بالتحاصّ، ولاستوائهما في وقت اللزوم والاحتساب من الثلث.

ولا فرق في جريان القولين عند الشيخ [أبي علي][7] بين أن يكون الذي جاء مع العتق وصية لمعين أو للفقراء والمساكين، وفي التهذيب في الصورة الأخيرة: القطع بالتسوية؛ لأن كلا منهما قربة، وهذا ينبغي أن يبنى على أنه لو أوصى للفقراء والمساكين بشيء ولمعين بشيء، فهل يقدم الفقراء والمساكين على المعين أو يسوى بينهما ؟ وفيه طريقان جاريان في تقديم الكتابة على غيرها مما هو دونها:

أحدهما: القطع بالتسوية.

---

(١) في د: أي.
(٢) زاد في د: أي كما تقسم التركة.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: الوصية.
(٦) زاد في د: ابن.
(٧) سقط في جـ.

والثاني: طرد القولين وهو الأشبه.

فإن قلنا: بالتسوية، فالأمر كما قال الشيخ أبو علي، وإن قلنا: بتقديم الفقراء، فهذا محل النظر، فيجوز أن يسوى كما قال في التهذيب، ويجوز أن يقدم العتق؛ لزيادة قوته بالسراية، وقد أجرى القفال الوجهين فيما إذا أوصى بحج التطوع وجوزناه وزاحمته الوصايا، هل يقدم عليها، أو يسوى بينهما وبينه؟ وطردهما في الإبانة فيما إذا أوصى بأن يحج عنه حج الفرض من ثلثه في أن القدر الزائد على أجرة المثل من الميقات هل [يقدم][(١)] بها، أو يزاحم بها الوصايا؟ قال الشيخ أبو علي: وما قاله القفال لم أره لغيره من أصحابنا، بل جعلوا الوصية بالحج مع سائر الوصايا على الخلاف فيما إذا[(٢)] اجتمع حق الله - تعالى - وحق الآدميين، وعلى ذلك جرى المتولي، ولا يخفى أن محل التسوية، وتقديم الوصية بالعتق، والوصية للفقراء والمساكين، والوصية بالكتابة على رأي - عند إطلاق الوصايا، أما إذا عين[(٣)] في الوصية المتقدم والمتأخر بلفظ «ثم» أو «بالفاء»، فذاك هو المتبع، كما لو حصل التنجيز مرتبا.

قال: وإن كان الجميع عتقا، [ولم نجز الورثة][(٤)]، أي بأن قال في مرض موته: سالم وغانم وواثق أحرار، أو سالم حر وغانم حر وواثق حر، كما قال الرافعي، أو قال: إذا مت فهم أحرار، وإذا مت فسالم حر وغانم حر وواثق حر، وأعتقوهم عني بعد موتي، وفي البحر فيما إذا قال: سالم حر وغانم حر وواثق حر - أنه يقدم الأول فالأول، وبه جزم، وحكى عن الحاوي وجها فيما إذا قال: سالم حر بعد موتي وغانم حر بعد موتي وواثق حر بعد موتي، أنه يقدم الأول فالأول، كما في المرض، وهو قريب من قول حكاه هو والقاضي الحسين ورواه أبو الطيب وابن الصباغ والشيخ في المهذب في كتاب التدبير وجها فيما إذا دبر عبدا ثم أوصى بعتق عبد: أن المدبر يقدم، لكن المنصوص في الأم - كما قال في البحر-: يقرع بين المدبر والموصى بعتقه.

قال: جزئوا ثلاثة أجزاء، وأقرع بينهم، فيكتب ثلاث رقاع، في كل رقعة

---

(١) سقط في جـ.
(٢) زاد في د: أمر حتى.
(٣) في د: أعتق.
(٤) سقط في د.

اسم، ويترك في ثلاث بنادق [من][(١)] **طين متساوية،** أي: في الوزن والصفات، **وتوضع في حجر رجل لم يحضر ذلك، ويؤمر بإخراج واحدة منها على الحرية، فيعتق من خرج اسمه ويرق الباقون**؛ لما ذكرناه من حديث مسلم[(٢)] عن[(٣)] عمران بن حصين؛ وحكمته: أن المقصود من العتق تكميل الأحكام، ولا يحصل إلا بعتق جميع الرقبة؛ وبهذا خالف سائر التبرعات؛ لأن المقصود منها الملك، وذلك يحصل في بعض ما وصى به أو تبرع به، وقد صار بعض الأصحاب - كما حكاه الماوردي في باب الإقراع بين العبيد[(٤)] - إلى أن الإقراع إنما يجري فيما إذا كان العتق منجزا؛ للخبر، أما إذا كان معلقا بما دون الموت، أو موصى به، فلا يجزئ، بل يقسط الثلث عليهم. وهذا مذكور في الوسيط في كتاب العتق، ورأى بعض الأصحاب بعد وضع البنادق في الحجر أن تغطى بثوب، وحُكِيَ فيه أيضا [نص][(٥)] للشافعي، رضي الله عنه. وكما يجوز الإخراج عن الحرية يجوز الإخراج على الرق، لكن الأول أولى؛ لأنه أقرب إلى فصل القضاء، وكذا يجوز أن يكتب الحرية في رقعة والرق في رقعتين ويخرج على الأسماء، فمن خرج له سهم الحرية أولا عتق ورق الباقي، ومن خرج باسمه منهم الرق رق وعتق الآخر، وهذا هو المنصوص والأولى[(٦)].

قال القاضي أبو الطيب: إنه قول أصحابنا وهو أخصر.

واعلم أن إخراج القرعة على هذا النعت ليس بمتعين، بل تجوز القرعة بالبعر؛ كما فعل رسول الله ﷺ في قسمة بعض الغنائم، وبالنوى، وبالأقلام، لكن الأحوط الأول.

تنبيه: كلام الشيخ يقتضي أن المعتقين إذا زادوا على اثنين جزئوا ثلاثة أجزاء، سواء استوت قيمتهم أو اختلفت، وعلى تقدير الاختلاف سواء كان للقيمة ثلث

---

(١) سقط من التنبيه.

(٢) زاد في د: رواه، والحديث أخرجه مسلم (٣/ ١٢٨٨) كتاب الأيمان، باب: من أعتق شركًا له في عبد حديث (٥٦/ ١٦٦٨) من حديث عمران بن حصين.

(٣) في ج: ابن.

(٤) في د: العبد.

(٥) سقط في ج.

(٦) في ج: الأول.

صحيح أو لا، وهو ظاهر قول الشافعي رضي الله عنه، و[1]الصحيح من مذهبه في حالة. وفي حالة [هو][2] مجزوم به، وذلك يحتاج إلى بسط، فنقول: لذلك ستة أحوال:

الحالة الأولى: أن يكون عددهم وقيمتهم متساوية، فإن كانوا ستة - مثلا - فنجعل كل اثنين جزءا، وعلى هذه الحالة حمل ما فعله رسول الله ﷺ؛ لأن عبيد الحجاز متقاربو القيمة؛ لأنهم من الزنج والحبش[3].

الحالة الثانية: أن تختلف قيمتهم، ويمكن مع ذلك التجزئة بالعدد المتساوي، مع التساوي في القيمة، فإن كانوا ستة، وكانت قيمة اثنين أربعمائة على السواء، وقيمة اثنين على السواء مائتين فنجعل الأولين جزءا، وواحدا من الأخيرين مع واحد من المتوسطين جزءا، والباقين جزءا.

الحالة الثالثة: إذا لم يمكن التجزئة بالعدد؛ لأجل الاختلاف في القيمة، وأمكن التعديل بالقيمة، مثل أن كانت قيمة أحدهم مائة، وقيمة اثنين مائة[4]، وقيمة ثلاثة مائةً، فنجعل الأول جزءا، والاثنين جزءا، والثلاثة جزءا، [ويعتق من الأحزاب من خرج سهم الحرية عليه.

وقال بعض أصحابنا: تجزأ على العدد دون القيمة، فنجعل اللذين قيمتهما مائةٌ سهما، ويضم أحد العبيد الثلاثة الذين قيمتهم مائة إلى العبد الذي قيمته مائة، ويجعل سهما، ويكون قيمة ذلك مائة وثلث مائة، ونجعل الباقيين سهما وقيمتهما ثلثا المائة، فإن خرج سهم العتق على اللذين قيمتهما مائة، عتقا، وإن خرج على اللذين قيمتهما مائة وثلث مائة، رق الأربعة الباقون، وأقرع بين من خرج عليهما سهم الحرية، فإن خرج سهم الحرية للذى قيمته مائة، عتق خاصة، وإن خرج على الآخر عتق خمسه ومن الآخر ثلثاه، قال في البحر: وهذا غير مرضي][5].

الحالة الرابعة: أن تختلف قيمتهم، وليس لها ثلث صحيح، والعدد ثلث صحيح كما فرضناه؛ وذلك بأن: تكون قيمة أحدهم مائة، وقيمة اثنين خمسين، وقيمة ثلاثة خمسين، فنجعل الواحد جزءا، والاثنين جزءا، والثلاثة جزءا، فإن

---

(١) في د: ففي.
(٢) سقط في ج.
(٣) تقدم.
(٤) في د: خمسون.
(٥) سقط في د.

خرج سهم الحرية على الواحد، [عتق ثلثاه، ورق ثلثه والأعبدُ الخمسة، وإن خرج على الاثنين][(١)] أو الثلاثة عتقوا، ثم أقرع بين الواحد وبين الحزب الآخر، فإن خرج على الواحد عتق منه سدسه، ورق باقيه مع الحزب الآخر، وإن خرج على الحزب الآخر، فإن كان حزب الثلاثة أقرع بينهم، فمن خرج عليه سهم العتق عتق بجملته، ورق رفيقاه مع العبد الواحد، وإن كان حزب الاثنين أقرع بينهما، فمن خرج عليه سهم الحرية عتق منه ثلثاه، ورق ثلثه وجميع رفيقه والعبد الواحد.

الحالة الخامسة: أن تختلف قيمتهم[(٢)] ولا توافق عددهم، ويمكن التعديل بينهم، مثل أن كان العبيد ثمانية: قيمة واحد مائة، وقيمة ثلاثة مائة، وقيمة أربعة مائة، فيجزءون على القيمة دون العدد وجها واحدا؛ لأن العدد لما لم يوافق سقط اعتباره؛ فتعين الآخر.

الحالة السادسة: ألا يكون للعبيد ثلث صحيح، والقيمة مختلفة، وليس لها ثلث صحيح، كما إذا كان العبيد ثمانية، وقيمتهم سواء، ففيهم قولان:

أحدهما: يجعلون أربعة أسهم[(٣)]، ثم يقرع بينهم، فأي حزب خرج عليه عتق، ثم يجزأ الباقون ثلاثة أجزاء، ويقرع بينهم، فإذا خرج سهم الحرية على حزب عتق منه تتمة الثلث - وهو ثلثا عبد - ثم يقرع بين العبدين اللذين خرج سهم الحرية عليهما أجزاء، فأيهما خرج عليه سهم الحرية عتق منه ثلثان ورق ثلثه.

ولو كانوا سبعة، قال الشافعي - رضي الله عنه-: جعلتهم سبعة أجزاء، ثم أقرع بينهم، فإن خرج سهم العتق جزئ الباقي ثلاثة أجزاء، فمن خرج عليهما سهم العتق منهم، أقرع بينهما، فمن خرج عليه سهم الحرية عتق، وعتق من صاحبه ثلثه، ورق الباقي.

والقول الثاني: أنا نجزئهم ثلاثة أجزاء، ففي الثمانية نجعل ثلاثة جزءا، وثلاثة جزءا، واثنين جزءا، وفي السبعة نجعل ثلاثة جزءا، واثنين جزءا، واثنين جزءا، فإن خرج سهم الحرية على الأقل، عتق من فيه، ثم أقرع بين الجزأين، فإذا خرج سهم الحرية على حزب آخر، أقرع بين من فيه، فمن خرج عليه سهم الحرية عتق ثلثاه ورق الثلث وباقى العبيد، وإن خرج سهم الحرية ابتداء على الحزب الأكبر،

(١) سقط في د. (٢) في جـ: قيمهم. (٣) في جـ: أجزاء.

أقرع بين من فيه.

قال الشافعي - رضي الله عنه-: وهذا القول أصح وأشبه بمعنى السنة؛ لأن النبي ﷺ جزأهم ثلاثة أجزاء[١]، ولا يجوز عندي أبدا أن يقرع بين الرقيق قلوا أو كثروا إلا على ثلاثة، اختلفت قيمتهم أو لم تختلف.

قال الأصحاب: ولو كانوا أربعة يجب أن يكون في كيفيتها قولان:

أحدهما: يجزءون ثلاثة أجزاء، وهو الصحيح.

والثاني: يجزءون جزأين، كما قال في ثمانية: أربعة أجزاء.

قال القاضي أبو الطيب: وهذا المبسوط[٢] يرجع إلى اختصار، وهو أن الاثنين يجعلان جزأين والثلاثة ثلاثة أجزاء، والأربعة فصاعدا إن أمكن تعديل الأجزاء بالقيمة حتى يكون كل جزء ثلث المال - جعل أيضا ثلاثة، وإن لم يمكن ذلك؛ لأنه لا ثلث صحيحًا لقيمهم ولا لعددهم، فالمذهب الصحيح أنهم يجزءون ثلاثة أجزاء، ويقرع بينهم حتى يستوفى الثلث.

فرع: قال في البحر: لو كان في العبيد أخوان، أو أب وابن، كان الجمع بينهما أولى من التفرقة، ولو كان فيهم أم وابن بالغ، فإن فرق بينهما، جاز، وإن كان فيهم أم وابن صغير، فلا يجوز أن يفرق بينهم؛ للنهي عنه.

قلت: وفيه نظر؛ لما تقدم أن التفرقة بالحرية غير داخلة تحت التحريم.

ولو كان فيهم زوجان، فهل تجوز التفرقة ؟ فيه وجهان، وجه المنع: أن هذا يفضي إلى فسخ النكاح، وكل هذا إذا أمكن الجمع.

فرع: لو أعتق في مرض موته عبدا قيمته مائة لا مال له غيره، ومات العبد في حياة سيده ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها - وهو اختيار ابن سريج؛ كما حكاه في الحاوي، وقال الرافعي حكاية عن الشيخ أبي منصور: إنه المشهور من المذهب-: أنه مات حرا وكسبه [لورثته.

والثاني: بطل العتق ومات عبدا وانتقل كسبه][٣] إلى سيده بالملك[٤]؛ لأن العتق في مرض الموت وصية، والوصية تبطل بموت الموصى له قبل موت الموصي.

---

(١) تقدم.

(٢) في جـ: البسيط.

(٣) سقط في جـ.

(٤) في د: بالمال.

قال الرافعي: وهذا من تخريج ابن سريج.

والثالث: أن ثلثه حر وثلثاه رقيق، إذا لم يكن مال [سواه][(١)] وهذا، ما قال في البحر: إنه ظاهر المذهب والمعول عليه.

ولو قتل العبد المعتق في المرض قبل موت معتقه جرى فيه الخلاف، وحكى الرافعي أن الأستاذ أبا منصور قال: قياس مذهب الشافعي - رضي الله عنه-: أنه يموت رقيقا، وذكر بعد ذلك بقليل أنه الأظهر.

ولو كان قد وهب العبد في مرضه ولا مال له سواه، وقبضه المتهب، ثم مات العبد قبل سيده، فهل تبطل الهبة ؟ فيه وجهان، أصحهما: البطلان، فإذا قلنا به، فهل يغرم المتهب ؟ فيه وجهان، الأشبه: أنه لا يضمن، وإذا قلنا: يضمن، قال الأستاذ أبو منصور: يضمن ثلثي القيمة. قال الرافعي: وقياس بطلان الهبة في الجميع أن يغرم جميع القيمة.

فرع: إذا ظهر بعد القرعة دين مستغرق للتركة، لم ينفذ العتق. فلو قال الوارث: أنا أقضي الدين وأنفذ العتق، فهل لهم ذلك ؟

فيه وجهان، قال في البحر: وأصلهما:

إذا تصرف الوارث في التركة - والدين يستغرقها - قبل قضاء الدين، ثم قبض الدين، هل يصح التصرف أم لا ؟ وفيه خلاف.

وإن استغرق الدين نصف التركة [ولم تجز الورثة][(٢)]، بطل العتق في قدره، ثم إذا كان المستغرق النصف جزئت التركة نصفين، وإن كان الثلث جزئت ثلاثة أجزاء، وإن كان الربع جزئت أربعا، ثم في الصورة الأولى يكتب على رقعةٍ: تركة وعلى رقعةٍ: دين، ويوضع في حجر رجل لم يحضر ذلك على النعت الذي تقدم، فمن خرجت عليه رقعة الدين، بيع فيه وقضى منه الدين، ثم يجزأ الباقي ثلاثة أجزاء، فيعتق ثلثه ويرق الثلثان على ما بيناه، وفي الصورة الأخيرة تجزأ التركة أربعة أجزاء ويكتب في رقعة: دين، وفي ثلاث رقاع: تركة، فإذا خرج سهم الدين بيع وقضى منه الدين، ثم يقرع بين الباقين، فيكتب في رقعة: عتق، وفي رقعتين:

---

(١) سقط في د.

(٢) سقط في ج.

رق، وعن القفال وجه آخر: أنه يجوز أن يجمع بين سهم الدين وسهم العتق وسهمي الرق، قال الروياني: والأول أصح، وبنى على قولين للشافعي - رضي الله عنه - فيما إذا عتق ثلث المال بالقرعة، ثم ظهر على الميت دين غير مستغرق: هل يبطل أصل القرعة أم لا ؟

وأحد القولين - وهو المنصوص-: تبطل. فيقرع الآن للدين، ولا يبالي أن يقع سهم الدين على الذي خرجت عليه قرعة العتق في الابتداء؛ فعلى هذا لا يجوز أن يقرع للعتق ما لم يحصل قضاء الدين.

والثاني: أنه لا ينقض القرعة الأولى، بل ينقض العتق في الذي خرجت له قرعة الحرية في الابتداء، ويبقى فيه بقدر ما يحمله الثلث.

فرع: لو قال: إن أعتقت سالما فغانم حر، ثم أعتق سالما في مرض موته، ولم يخرج من ثلثه إلا أحدهما - أعتق[1] سالما ولا قرعة؛ لاحتمال أن تخرج على غانم؛ فيلزم إرقاق سالم، وإذا رق سالم لم يحصل شرط رق غانم، وفيه وجه: أنه يقرع، ولو قال: إن أعتقت سالما فغانم حر في حالة إعتاقي سالما، ثم أعتق سالما في مرض موته - قال الرافعي: فالجواب كذلك، وفي الحاوي: أن اختيار الشيخ أبي حامد في هذه الحالة: يقدم[2] سالم من غير قرعة. واختيار ابن سريج: جريان القرعة.

قال: وإن كان له مال حاضر ومال غائب، أو عين ودين، دفع إلى الموصى له - أي: بالثلث مطلقا: **ثلث الحاضر، وثلث العين، وللورثة من ذلك ثلثاه - وكلما نَضَّ من الدين شيء أو حضر من الغائب شيء، قسم بين الورثة والموصى له**؛ لأن الموصى له شريك الوارث بالثلث؛ فكان كسائر الشركاء.

وعلى هذا: إذا كان قد أوصى بعين حاضرة، وماله غائب أو دين، لا نسلم العين إلى الموصى له، بل كلما حضر من الغائب شيء أو نض من الدين شيء، سلم إلى الموصى له بقدر حصته من العين، إلى أن تستكمل.

وهذا فيما عدا الثلث من العين، أما ثلث العين، فهل يسلم له في الحال أو حتى يحضر من المال قدره مرتين ؟ فيه وجهان:

---

(١) في د: عتق. (٢) في د: تقديم.

وجه المنع - وهو الأصح في الرافعي-: أنا لو دفعنا له ذلك، لاحتجنا إلى تسليم ثلثيها إلى الورثة حتى يتصرفوا فيهما كما يتصرف الموصى له في ثلثها، وفي ذلك إبطال لحقه.

والثاني: يجوز، ويجوز للورثة التصرف في الثلثين. قال أبو الفرج السرخسي في أماليه: فإذا تصرف الورثة، ثم بان هلاك المال الغائب، تبينا نفاذ[١] تصرفهم.

قال الرافعي: فلك أن تقول: وجب أن يخرج [ذلك][٢] على وقف العقود، ولو سلم وعاد إليهم، [فهل يبين][٣] بطلان التصرف أم لا ؟ ويغرمون[٤] للموصى له قيمة الثلثين[٥]؟

فيه وجهان، أضعفهما الثاني.

وعلى الخلاف في الأصل يخرج ما لو أوصى بعتق عبد لا مال له حاضرًا سواه، وله مال غائب يخرج العبد من ثلثه، قال الماوردي: فالثلث محكوم بعتقه، ويوقف ثلثاه، لكن هل يمكن الورثة في حال الوقف من استخدام الثلثين، والتصرف في منفعتهما أم لا ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وهو على قولنا: يجوز للموصى له بالعين التصرف في ثلثها؛ طلبا للتسوية.

والثاني: يمنعون من ذلك؛ كما يمنعون من التصرف بالبيع؛ وهذا على قولنا: لا يجوز للموصى له بالعين التصرف فيها.

ولو كان السيد قد نجز عتقه في مرض الموت، فالحكم كذلك، لكن في الحاوي في كتاب العتق: أنه إذا حضر المال الغائب، وتسلمه الورثة تبينا عتق باقيه، وهل يرجع العبد على الورثة بما بقي من ثلثي كسبه عن نفقة ثلثيه ؟ فيه وجهان.

وحكي أن الورثة لو أعتقوا الثلثين، لم ينفذ وإن ملكوه؛ لأنه موقوف على عتق مورثهم؛ فلم ينفذ فيه عتق غيره إلا بعد إبطال عتقه.

ولو دبروه[٦] ففيه وجهان:

---

(١) في د: نفوذ.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: فتبين.
(٤) في د: ويغرم.
(٥) في د: الثلث.
(٦) في جـ: ببره.

أحدهما: أنه باطل كالعتق(١).

والثاني: أنه جائز؛ لتأخر العتق، وتغليب حكم الرق عليه.

فرع: لو أوصى بثلث ماله، وخلف ابنين وعشرة دنانير، على أحد الابنين دينار وعشرة ناضة(٢)، ففي كيفية ما يصنع وجهان:

أحدهما: يأخذ كل من الابنين والموصى له ثلث الناضة، ويسقط من العشرة التي [تقسم](٣) على أحد الابنين ثلثها، ويبقى ثلثاها بين الموصى له والولد الآخر بالسوية.

والثاني: أن العشرة الناضة تقسم بين الولد الذي لا دين عليه وبين الموصى له نصفين، ويبقى لكل منهما على الابن الذي عليه [الدين](٤) دينار. وثلثان، وهذا ما حكاه الماوردي عن ابن سريج وبه جزم المتولي.

وعلى هذا، إن كانت الوصية بالربع والصورة كما ذكرناه، فالمسألة من أربعة: للموصى له سهم، يبقى ثلاثة على اثنين، لا يصح ولا يوافق، وقد انكسرت على مخرج النصف فبتصرف في أصل المسألة تبلغ ثمانية: للموصى له بالربع سهمان، وللابن الذي لا دين عليه ثلاثة(٥)، فتنقسم العشرة الحاضرة على خمسة ينوب كلًّا منهم ديناران، للموصى له سهمان بأربعة دنانير وللابن الذي لا دين عليه ثلاثة أسهم بستة دنانير، ويبقى للموصى له في ذمة من عليه الدين دينار، ولأخيه دينار ونصف؛ إذ بذلك يتم للموصى له ربع التركة وهو خمسة، وللابن الذي ليس بمدين نصف الباقي بعد الوصية وهو سبعة ونصف، وسقط عن ذمة الابن المدين نظير ذلك، وسنذكر في أثناء الباب كيفية قسمة التركة على الموصى لهم والورثة، إن شاء الله تعالى.

قال: **وإن وصى بثلث عبد** - أي: يملك جميعه في الظاهر - **فاستحق ثلثاه، فإن احتمل ثلث المال الباقي، نفذت الوصية فيه، وإن لم يحتمل نفذت في القدر الذي يحتمل**؛ لأنه وصى له بثلثه وهو يملكه، ويخرج من ثلث ماله؛ فوجب أن تصح الوصية، كما لو كان مقرًّا بأنه يملك ثلثه ووصى به، وهذا ما

(١) في جـ: كالمعتق.
(٢) في جـ: نضة.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) زاد في د: أسهم.

حكاه المزني.

وقيل: **لا تصح الوصية إلا في ثلثه**، أي: في ثلث الثلث، وإن احتمل الثلث ثلث ماله؛ لأن الثلث الذي وصى به شائع في جميع العبد، فإذا خرج ثلثاه مستحقا بطل منهما ما وصى به، وبقى ما كان شائعا في الثلث وهو ثلثه، كما لو أوصى له بثلث ماله، فخرج بعضه مستحقًّا، فإن الموصى له يستحق ثلث الباقي، وهذا ما حكاه الربيع كما نقله القاضي الحسين والبغوي، وفي غيرهما: أنه قول أبي ثور، واختيار ابن سريج.

قال: **وليس بشيء**؛ لأن ثم لم يحتمله الثلث، وهنا احتمله الثلث.

وهكذا الخلاف فيما إذا أوصى بثوب أو دار ونحو ذلك، فاستحق ثلثاه، وشبه القاضي الحسين الخلاف بالخلاف فيما إذا [كان][1] يملك من عبده نصفه، فقال: بعت نصف هذا العبد، ففي وجه: يصح في النصف الذي يملكه، وفي وجه: نصف النصف.

وحكي أن من الأصحاب من نفى الخلاف في المسألة، ثم منهم من حمل ما نقله المزني على ما إذا عينه بالتسمية، وما نقله الربيع على ما إذا أطلق، ومنهم من حمل ما نقله المزني على ما إذا قال الوصى للورثة: أعطوه ثلث هذه الدار، فأقام الورثة مقام نفسه في التعيين، وهو لو عين ثم تبين الاستحقاق لم تبطل الوصية، كذلك إذا عين الورثة.

وما نقله الربيع على ما إذا قال: أوصيت بثلث[2] الدار، ولم يجعل التعيين للورثة.

وعلى طريقة القولين الخلاف مفروض فيما إذا كان الموصى قد ملك الجميع في الظاهر بسبب واحد، وملك الثلث بسبب [ثم ملك الثلثين بسبب][3]، وأطلق الوصية بالثلث.

أما إذا قال: أوصيت لك بما ملكته بسبب كذا، فإن الوصية تصح به وجها واحدا إذا لم يكن [هو][4] المستحق؛ قاله المتولي والقاضي الحسين، وقالا: إنه

---

(١) سقط في د.
(٢) في ج: لك ثلث.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.

لو أوصى بثلث صبرة من طعام، فتلف ثلثاها، فإنه يسلم[١] الثلث الباقي [للموصى له][٢] إذا خرج من ثلث المال.

والفرق: أن المستحق غير قابل للعقد وقد وقع العقد شائعا؛ فأبطلناه فيما لا يقبل عقده وهو الثلث من الثلث، وأما الصبرة فإن جملتها قابلة للعقد؛ فصح، وإذا صحت الوصية وأمكن الوفاء بها لا يجوز إبطالها، وهذا يعضده ما حكاه في البحر عن الأم فيما إذا أوصى بثلث شيء، فأذهب المالك ثلثيه، أن للموصى له الثلث، وللماوردي في هذه الصورة احتمال كمذهب ابن سريج في صورة الاستحقاق؛ لأن الوصية بالمشاع، والباقي بعد ما أخذه المالك مشاع؛ فوجب ألا يبقى إلا في ثلثه، ويعضده أنه لو أوصى له بدار فباع ثلثيها، لم تبق الوصية إلا في ثلث الباقي.

قال: **وتجوز الوصية بالمعدوم: كالوصية بما تحمله هذه الشجرة أو الجارية؛** لأن المعدوم يجوز أن يملك بعقد المساقاة والقراض والإجارة؛ فجاز أن يملك [بعقد][٣] الوصية؛ لأنها أوسع بابا من غيرها، وهذا ما حكاه البندنيجي عن النص.

ومن طريق الأولى جواز الوصية بالحمل الموجود، ولكن يشترط استحقاق الموصى [له][٤] تحقق وجوده حالة الوصية، وطريقه ما سنذكره في الوصية للحمل، وهل يصح القبول في حال الاختيار ؟ فيه وجهان؛ بناء على أن الحمل هل يعرف ؟ ولو قال: أوصيت [لك][٥] بمن تلده جاريتي، فهل يراعى وجود الحمل وقت الوصية أم لا ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، ويكون كقوله: أوصيت بحمل جاريتي.

والثاني: لا، كقول أبي إسحاق: ففي أي زمان ولدته كان للموصى له.

ولو قال: إن ولدت هذه الجارية ولدا ذكرا فهو وصية لزيد، وإن ولدت أنثى فهي وصية لعمرو - فإن ولدت ذكرا وأنثى، صرف إلى كل منهما ما أوصى له به.

---

(١) زاد في جـ: له.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في د.

فلو وضعت خنثى مشكلا، ففيه وجهان:

أحدهما: لا حق فيه لواحد منهما؛ لأنه ليس بذكر؛ فيستحقه زيد، ولا بأنثى؛ فيستحقها عمرو.

والثاني: يوقف حتى يصطلحا عليه؛ حكاه الماوردي.

فرع: لو ضرب ضارب بطن الأمة الموصى بحملها، فأجهضت ميتا، صرف الأرش[١] للموصى له، بخلاف ما لو أوصى له بحمل بهيمة فضربها ضارب فوضعت، فإن الموصى له لا يستحق شيئا.

قال الماوردي: والفرق: أن دية الجنين بدل منه، وما وجب في جنين البهيمة بدل ما نقص من قيمتها، وليس هو موصى له[٢] بشيء من القيمة.

قال: **وبالمجهول: كالوصية بالأعيان الغائبة**، وكذا بأحد العبدين أو بعبد من ماله، **وبما لا يقدر على تسليمه: كالطير الطائر والعبد الآبق**؛ لأن الموصى له يخلف الميت في ثلث ماله، كما يخلفه الوارث في ثلثيه، ثم الوارث يخلفه في هذه الأشياء؛ فكذلك الموصى [له][٣].

قال: **وبما لا يملكه: كالوصية بألف** [درهم][٤] **لا يملكها**، أي: ثم ملكها عند[٥] الموت، سواء كانت معينة أو غير معينة؛ كما صرح به الرافعي، وكذا بعبد لا يملكه؛ لأن الوصية تملك بالموت؛ فاعتبر أن يكون الملك موجودا إذ ذاك، وهذا قول [أكثر][٦] البصريين، وهو الصحيح؛ بناء على أن الاعتبار بقدر الثلث بحالة الموت، كما حكيناه من قبل.

وقيل: إن لم يملك شيئا أصلا، لم تصح الوصية؛ لأنها عقد، والعقود لا يعتبر فيها ما بعد، وهذا قول أكثر البغداديين؛ بناء على أن الاعتبار في قدر الثلث بحالة الوصية، وعليه يخرج قول من منع الوصية بما تحمل الشجرة أو الجارية؛ لأن الحمل غير مملوك حال الوصية.

وبعضهم قطع في الوصية بما تحمل الشجرة بالصحة، وبإجراء هذا القول فيما

---

(١) في جـ: الغلة.
(٢) زاد في د: بها.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: بعد.
(٦) سقط في جـ.

تحمله الجارية، وفرق بأن الثمرة تحدث[١] بغير إحداث أمر، والولد لا يحدث إلا بإحداث أمر في الأصل؛ ولهذا تجوز المساقاة على الثمار التي ستحدث، ولا تجوز المعاملة على النتاج الذي سيحدث.

وبناه الماوردي على أن الاعتبار في الثلث بحال الموت أو بحال الوصية.

أما إذا أوصى بثلث ماله وله مال فهلك واستفاد غيره، فعلى قول البصريين: تتعلق الوصية بالمتجدد[٢]، وهو ما ادعى القاضي أبو الطيب الجزم به، وكذلك ابن الصباغ.

وقال البندنيجي في باب الرجوع عن الوصية: إنه المذهب.

وعلى مقابله: بطلت الوصية.

وقياس هذا أن يطرد فيما إذا باع المال الموجود حال الوصية، واستبدل غيره، وقد جزموا بالصحة في هذه الحالة، واستدلوا بها على فساد قول البغداديين.

وللبغداديين أن يفرقوا بأن في الاستبدال: المالية التي كانت في الأعيان الموجودة حال الوصية انتقلت إلى الأعيان الموجودة حال الموت؛ فاعتمدت الوصية المالية في الحالتين؛ كما نقول في وجوب زكاة التجارة في مثل ذلك؛ لما ذكرناه، وعند التلف فإن مالية الأعيان الموجودة حال الوصية قد زالت بالكلية، ولم تعد؛ فلذلك بطلت الوصية.

وفي النهاية في باب الطلاق قبل النكاح: أن الشيخ أبا محمد كان يقول: إذا صححنا الوصية مضافة إلى العين، فشرطه: أن يقيد بتقدير الملك، فيقول: إن ملكت هذا العبد، أما إذا وجه الوصية على عبد الغير مطلقا من غير تقييد بالملك، فالوصية باطلة.

قال الإمام: والظاهر عندنا ما ذكره[٣] العراقيون من البندنيجي وابن الصباغ، ومن المراوزة: القاضي الحسين في كتاب المكاتبة[٤]؛ حيث قالوا: لو أوصى برقبة المكاتب على القول بامتناع بيعه، لم يصح ولا يسلم له، وإن انفسخت الكتابة قبل موت الموصى [له][٥]؛ كما لو أوصى بعبد الغير ثم ملكه، نعم: إن وصى

---

(١) زاد في د: مت.
(٢) في جـ: بالتجدد.
(٣) زاد في د: وهذا ما ذكره.
(٤) في جـ: الكتابة.
(٥) سقط في جـ.

برقبة المكاتب إن عجز، أو بهذا العبد إن عاد إليه، ففيه وجهان، حكاهما الإمام والبندنيجي، ثم حكى الإمام وجها ثالثا: أنه تصح الوصية برقبة المكاتب، وهو ما حكاه في البحر عن الأم[1]، ولا تصح بمال الغير وسنذكره ثم، إن شاء الله تعالى.

تنبيه: كلام الشيخ يفهم أن القول بعدم الصحة لا يجري عند ملكه لبعض ما أوصى به، وهو ما صرح به القاضي أبو الطيب، ومساق البناء على قول اعتبار حال الوصية، ألا تصح إلا في قدر ما يملكه إذ ذاك.

فرع: إذا صححنا الوصية بما تحمل المرأة، فإن انفصل الولد لأقل من ستة أشهر فما فوقها ولدون أربع سنين، فإن لم تكن ذات زوج، فهو للورثة، وإن كانت ذات زوج يطؤها، فالظاهر أن الولد تجدد؛ فيكون للموصى له، قاله الماوردي.

فرع: إذا صححنا الوصية بالثمرة التي ستحدث، فلا يجب على الورثة السقي عند الحاجة؛ لأن الثمرة تحدث على ملك الموصى له، ولا يجب على الموصى له أيضا سقيها، بخلاف نفقة العبد؛ لأن نفقة العبد مستحقة؛ لحرمة نفسه.

قال الماوردي: وكذا إن احتاجت النخل إلى سقي، لم يلزم واحدا منهما.

قال: **ويجوز تعليقها على شرط في الحياة**، [أي: مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر، أو قَدِمَ زيد، فقد أوصيت لفلان بكذا، وإن كان في بطنك ذكر فقد أوصيت به لفلان؛ لأنها تجوز بالمجهول؛ فجاز تعليقها على شرط؛ كالطلاق.

قال: **وعلى شرط بعد الموت**، أي: بأن يقول: إذا مت، ودخل زيد الدار بعد موتي، أو جاء المطر - فأعطوا فلانا كذا؛ لأن ما بعد الموت في حال الوصية كحال الحياة.

قال: **وتجوز بالمنافع والأعيان**، أي: تجوز بالمنافع خاصة وبالأعيان خاصة، كما إذا أوصى لشخص بمنفعة عبد ولآخر برقبته.

قال: **وبما يجوز الانتفاع به من النجاسات: كالسماد، والسرجين، والكلب، والزيت النجس**؛ لما ذكرناه من أن الموصى له في الثلث كالورثة في الثلثين،

(١) في جـ: الإمام.

وهذه الأشياء تنتقل إلى الوارث، فكذلك الموصى له.

وفي الكلب وجه: [أنه لا تجوز الوصية به، كما لا تجوز هبته على وجه.

وفي البحر وجه][١]: أنه لا تجوز الوصية بكلب صيد أو زرع أو ماشية لمن لا يحسن الصيد ولا زرع له، ولا ماشية، وهو مستمد مما ذكرناه في باب الغصب: أنه لا يجوز لمن مثل هذا حاله اقتناء مثل هذا الكلب.

وفي الكلب الذي لا ينتفع به وجه: أنه تجوز الوصية به.

والأول وهذا غريبان.

نعم، المشهور الخلاف في الوصية بالجرو الصغير؛ بناء على جواز اقتنائه، والصحيح في البحر جوازه.

وفي جواز الوصية بشحم الميتة الذي [يطلى][٢] به السفن، إذا جوزنا الانتفاع به - وجهان.

قال: [**ولا تجوز بما لا ينتفع به**][٣]: **كالخمر، والخنزير**؛ لأنه يحرم الانتفاع بهما، ولا تقر اليد عليهما؛ فلا يجوز نقلهما إلى الغير، وهذا ما أطلقه العراقيون؛ بناء على الصحيح عندهم في أنه لا فرق في الخمر بين المحترمة وغيرها.

والمراوزة: فرضوا ذلك في غير المحترمة، وجزموا في المحترمة بجواز الوصية فيها؛ بناء على اعتقادهم جواز إمساكها.

ومحل الكلام في ذلك في هذا الكتاب، [في][٤] باب إزالة النجاسة.

قال: **وإن أوصى لأقارب فلان**، أي: وهم محصورون، **دفع إلى من يعرف بقرابته**، أي: من قبل الآباء والأمهات، **ويسوى بين الأقرب والأبعد** [منهم][٥]؛ لاستوائهم في تناول اللفظ، ولا فرق فيهم بين الوارث وغيره، ولا بين الذكر والأنثى، ولا بين الغني والفقير، ولا بين المسلم والكافر، قال أبو إسحاق: لا يدخل الأبوان والأولاد في الوصية؛ للقرابة، ويدخل الأجداد والأحفاد، وادعى الأستاذ أبو منصور إجماع الأصحاب عليه، وقيل: لا يدخل الأصول والفروع،

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في التنبيه: ولا يجوز بما لا يجوز الانتفاع به.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.

وقيل: كل من اجتمع معه في الأب الرابع، [فهو من قرابته، ومن اجتمع بعد الرابع][1] خرج من القرابة؛ حكاه الماوردي.

وقد خص بعض الأصحاب الصرف إلى [القرابة][2] الأقاربَ من [جهة][3] الآباء والأمهات إذا كان الموصي غير عربي، أما إذا كان عربيا، فلا يصرف إلى الأقارب من جهة الأم؛ لأن العرب لا يعتنون إلا بالأقارب، من جهة الأب وبهم يتناصرون. قال القاضي الحسين: وهذا ما ذكره الشافعي - رضي الله عنه - في أثناء الباب وصححه بعضهم، والذى ذكره في طرف الباب يدل على أنه لا فصل بين أن يكون الموصي عربيا أو غير عربي، وصححه آخرون، والصحيح ما ذكره الشيخ، وعلى هذا: إذا كان له أب أو جد يعرف به عند الناس، صرف إلى [من ينسب إلى][4] ذلك الذي عرف به دون من ينسب إلى أب ذلك أو إلى أخيه، مثاله: إذا أوصى لأقارب الشافعي - رضي الله عنه - فإنه يدفع[5] إلى من ينسب إلى شافع بن السائب بن عبد يزيد [بن هشام بن عبد المطلب بن عبد][6] مناف، دون من ينسب إلى السائب أو إلى على والعباس أخوي شافع، و[لا][7] إلى أولادهما؛ لأنهم لا يعرفون بقربته، وهذا في زمن الشافعي.

[أما إذا أوصى موص لأقارب بعض أولاد الشافعي][8] دون غيرهم من أولاد شافع، وعلى هذا القياس، وهكذا الحكم في جانب الأم إذا لم تكن من قبيلة الأب فيعتبر في جنبتها ما ذكرناه في جنبة الأب، فكل من تنسب إليه[9] الأم من الأب المشهور فإنه قرابتها، وإن كانت الأم من قبيلة الولد، قال في البحر: فنسب الجميع واحد.

والحكم فيهما إذا أوصى لذي رحم فلان أو لأرحامه، كالحكم فيما إذا أوصى لقرابته. قال الرافعي: و[في][10] هذا اللفظ يدخل أقارب الأم بلا خلاف.

أما إذا كان قرابته غير محصورين، فهو كما لو أوصى لقبيلة كبيرة.

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) في د: يصرف.
(٦) زاد في د: بن عبيد.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في د.
(٩) زاد في د: إلى من ينسب.
(١٠) سقط في ج.

ولو لم يكن له إلا قريب واحد، فوجهان:

أصحهما: أنه يصرف إليه الجميع؛ لأن المقصود منه الصرف إلى جهة القرابة.

والثاني: لا يصرف إليه إلا ثلث الموصى به؛ لأن أقل الجمع ثلاثة.

وحكى الأستاذ أبو منصور وجها آخر: أنه يكون له النصف.

فرع: لو أوصى لأقارب نفسه، فإنه لا يصرف للوارث [منهم][١]؛ لأن الوصية إليه غير صحيحة، قال القاضي والمتولي: ولا يقال: إنها تقسم على الجميع ثم تبطل الوصية في حصة من يرث، وغيره من المراوزة قال ذلك [وحكاه][٢] وجها مع الأول، وقال الرافعي: لك أن تقول: وجب أن يختص الوجهان بقولنا: إن الوصية للوارث باطلة؛ أما إذا قلنا بأنها موقوفة على الإجازة فليقطع بالوجه الثاني.

قال: وإن وصى لأقرب الناس إليه لم يدفع إلى الأبعد مع وجود الأقرب؛ عملا بمقتضى اللفظ. نعم: لو أوصى لجماعة من أقرب قراباته، وكان الأقرب واحدا أو اثنين، قال ابن الصباغ: اشترك معه من دونه ليتم العدد؛ أي: الذي يصدق عليه أقل الجمع وهو ثلاثة، كما صرح به المتولي، فإذا خلف ابنين وابن ابن [ابن][٣] دُفِعَ للابنين الثلثان ولابن ابن الابن الثلث، وإن كانوا ابنا، وابن ابن، وابن ابن ابن - دفع إليهم، وإن كان له ولد وأولاد بنين، دفع إلى الأكبر الثلث، والباقي لأولاد البنين بالسوية، وكذلك لو كان له ابنان وأولاد بنين دفع للابنين الثلثان، والثلث الباقي بين أولاد الابن بالسوية، والاعتبار عند اجتماع جماعة من القرابة من أولاد الأولاد وأولاد الإخوة، وأولاد الأعمام والأخوال والخالات - بالجهة لا بقرب الدرجة، فجهة الولادة مقدمة على جهة الأخوة، وجهة الأخوة مقدمة على جهة العمومة والخئولة، نعم قرب الدرجة معتبر في الجهة الواحدة.

فرع: إذا اجتمع في الدرجة الأولى عشرة، فهل يجوز[٤] الاقتصار في الصرف إلى ثلاثة منهم، أو [يجب][٥] بقيمتهم؟ فيه وجهان جاريان في الرتبة الوسطى

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) زاد في جـ، د: فيه.
(٥) سقط في د.

والسفلى، أصحهما في التتمة الأول، وهو ظاهر نصه في الأم، كما حكاه في البحر؛ حيث قال: دفع ذلك إلى ثلاثة من أقرب قراباته، واختاره، وبذلك أجاب البندنيجي في تعليقه، وشبهه بما إذا [أوصى إليه][١] أن يدفع للفقراء، وعليه يدل قول الإمام فيما إذا لم يكن من أقرباء الموصى له إلا واحد، أنه يجوز دفع جميع الثلث [إليه][٢]؛ لأن الجميع ليس مقصودا، وإنما المقصود الصرف إلى جهة القرابة.

وكلام القاضي في المجرد يدل على الثاني؛ فإنه قال: إذا كان الأخ وبنو الإخوة، فإنه يدفع إلى الأخ الثلث، والباقي يدفع لبني الإخوة ويسوى بينهم فيه؛ لأنهم استووا في القرابة، وهو الذي رجحه ابن الصباغ؛ لأن مقابله يؤدي إلى أن يكون الموصى له مجهولا، [قال][٣] ويخالف ما إذا أوصى للفقراء؛ لأنهم لا ينحصرون، ولأن الوصية تقع للجهة دون الأعيان، وقال الرافعي: كان الأشبه أن يقال في مثل هذه الوصية: إنها وصية لغير معين؛ لأن لفظ الجماعة منكر؛ فصار كما لو أوصى لأحد الرجلين أو الثلاثة، لا على التعيين من جماعة معينين.

قال: **وإن اجتمع الأب والابن قدم الابن في أحد القولين**؛ لأنه أقوى في التعصيب؛ بدليل تقديمه عليه في الإرث، وهذا هو المذهب. قال الرافعي: ولم يورد طوائف سواه، وبه جزم أكثر الأئمة في نظير المسألة من الوقف.

قال: **ويسوى بينهما في الآخر**؛ لاستوائهما في القرب من الميت، وهذا أصح في الجيلي. وقال ابن الصباغ: لا نظر إلى الإرث؛ ألا ترى أن الأب والابن، والأم والبنت في ذلك سواء، وإن اختلفا في الميراث، وكذلك أب الأب وأب الأم يستويان، وهذه طريقة القاضي في المجرد، وغيره حكى الخلاف في المسألة وجهين.

قال مجلي: وينبغي أن يجري الخلاف في دخول الأب والأم في دخولهما في الوصية.

قال: **وإن اجتمع الجد والأخ**، أي: من الأبوين أو من أحدهما، [كما صرح به][٤] المتولي والبغوي والعراقيون - **قدم الأخ في أحد القولين**، وهو الأصح

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د.

في الرافعي، ومنهم من قطع به؛ لأن تعصيبه تعصيب الأولاد؛ فقدم عليه كالابن، فعلى هذا يقدم ابن الأخ على الجد، والعم والعمة على أبي الجد، والخال والخالة على جد الأم وجدتها، ويسوى بينهما في الآخر؛ لاستوائهما في القرب والإدلاء بالأب، وهذا أصح في الجيلي؛ فعلى هذا يقدم الجد والجدة من الأب أو الأم على ابن الأخ، والعم والعمة وأبو الجد وأم الجد سواء، وكذا الخال والخالة وجد الأم وجدتها سواء.

وفي البحر والحاوي [حكاية][1] وجه ثالث: أن جد الأب أو جدة الأب أولى من العم والعمة والخال [والخالة][2].

قال ابن الصباغ: وينبغي أن يكون هاهنا الأخ من الأم مع الجد كالأخ من الأب، وبه صرح المتولي وصاحب البحر، وكذلك غيرهما في نظير المسألة من [كتاب][3] الوقف[4]، وأن الأخ من الأب كالأخ من الأم، والجد للأب كالجد للأم فيما ذكرناه، وأن الأخ من الأبوين مقدم على الأخ من أحدهما، وحكى الإمام في كتاب[5] النكاح أن بعض الأصحاب أثبت في ذلك قولين كما في ولاية النكاح.

قال الرافعي: وهذا ذكره الحناطي.

قلت: وكذلك الماوردي في نظير المسألة من الوقف، لكن الجمهور في الوقف، وهذا على الأول، وبه جزم الماوردي هنا، وسنذكر دليله في قسم الفيء، إن شاء الله تعالى. والأخت فيما ذكرناه كالأخ، صرح به في البحر، والأعمام

---

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في جـ. (٣) سقط في جـ.

(٤) قوله -رحمه الله- قال: يعني الشيخ: وإن اجتمع الجد والأخ، أي: من الأبوين أو من أحدهما، كما ذكره المتولي والبغوي والعراقيون.
ثم قال بعد ذلك بأسطر قلائل ما نصه: قال ابن الصباغ: وينبغي أن يكون هنا الأخ من الأم مع الجد، كالأخ من الأب، وبه صرح المتولي وصاحب البحر، وكذلك غيرهما في نظير المسألة من كتاب الوقف. انتهى كلامه.
وما ذكره -رحمه الله- عن ابن الصباغ بحثًا، وعن تصريح غيره في نظير المسألة غريب، لا حاجة إليه، فقد سبق منه التصريح بذلك في أول المسألة نقلًا عن المتولي والبغوي والعراقيين، وقد ذكرت لفظه. [أ و].

(٥) في د: باب.

والعمات والأخوال والخالات في درجة واحدة، وكذا أولادهم مستوون، ولو كان لإحدى الجدتين قرابتان فهل تقدم بهما أم لا ؟ فيه وجهان في الشامل، وقال: إنه ذكر هذين الوجهين في ميراثها، والمشهور في ميراثها من الخلاف: أنها تأخذ نصيبين، والجدة التي معها تأخذ نصيبا ويقدر كأنهما ثلاث جدات، كما ستقف عليه.

ولو اجتمع جد جد وابن عم، ففيه وجهان:

أحدهما: جد الجد أولى.

والثاني: ابن العم أولى.

فرع:[1] [إذا][2] أوصى لأهله، دخل[3] فيه الأقرباء، ولا يدخل المعتق والرضيع، وهل يدخل الزوج والزوجة؟ فيه وجهان. ولو أوصى لعصبته، دخل المعتق، ولو أوصى لمناسبه، فهم من [نزل عن درجة الموصى من أولاده الذين يرجعون إليه في نسبهم دون من علا من آبائه، وهل تدخل][4] أولاد بناته ؟ فيه وجهان، الأشبه في البحر: عدم الدخول.

ولو قال: ادفعوا ثلثي إلى من أناسبه، دخل فيهم الآباء دون الأبناء، ودخل فيهم الإخوة والأعمام، وهل يدخل الأجداد والجدات ؟ فيه وجهان، ولا يدخل الأخوال والخالات وإخوة الأم. ولو أوصى لورثة زيد فالوصية موقوفة حتى يموت زيد، ثم تدفع إلى من يرثه.

قال: **وإن أوصى لجيرانه صرف إلى أربعين دارا من كل جانب**؛ لما روى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «حَقُّ الْجِوَارِ أَرْبَعُونَ دَارًا: هَكَذَا، وَهَكَذَا، وَهَكَذَا، وَهَكَذَا؛ يَمِينًا وَشِمَالًا، وَقُدَّامًا وَخَلْفًا»[5].

وفي الحاوي في كتاب الوقف: أن مذهب الشافعي - رضي الله عنه -: أنهم من نسبوا إلى سكنى محلته، وسواء كان منهم مالكا أو مستأجرا.

---

(١) في د: فروع.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: يدخل.
(٤) سقط في د.
(٥) أخرجه أبو يعلى (١٠/ ٣٨٥) برقم (٥٩٨٢) وعنه ابن حبان في المجروحين (٢/ ١٥٠)، وذكره الهيثمي في المجمع(٨/ ١٧١)، وقال رواه أبو يعلى عن شيخه محمد بن جامع العطار وهو ضعيف.

وعن بعض أصحابنا أن الجار هو الذي يلاصق داره [داره](١).

وقال الأستاذ أبو منصور: من يلاصق داره [داره](٢) [من الجوانب جار، فيمن ليس بملاصق: فالذى باب داره حذاء باب داره](٣)، والذين هم في زقاق واحد غير نافذ، [وفيه](٤) اختلاف للأصحاب.

فرع: لو كان للموصي داران، فإن كان سكناه فيهما واحدا، يصرف إلى جيران الدارين، وإن كان سكناه في إحداهما أكثر، كان الحكم للأكثر.

قال: **وإن وصى لفقراء بلده استحب أن يعمهم**؛ ليعم الفضل ويشمل، ويصرف لكل منهم قدر كفايته إن أمكن، ويجوز أن يصرف [للمساكين، كما يجوز أن يصرف](٥) ما وصى به للمساكين إلى الفقراء.

وحكى ابن الصباغ عن أبي إسحاق المروزي حكاية قول(٦): أنه يجوز صرف ما وصى به للمساكين إلى الفقراء دون العكس؛ لأن الفقير أشد حالا من المسكين وكذلك رواه في الرقم عن النص، والأصح الأول.

قال: **فإن اقتصر على ثلاثة منهم جاز**، أي: إذا لم يكن فقراء البلد محصورين؛ لأن عرف الشرع ثبت كذلك في الزكاة؛ فحملت الوصية عليها، فلو لم يكن في البلد فقير ولا مسكين، لغت الوصية، قاله القاضي الحسين.

أما إذا كان الفقراء محصورين، اشترط استيعابهم والتسوية بينهم، واشترط(٧) قبولهم، ذكره في التهذيب وغيره، وعلى ذلك ينطبق قول الماوردي: إنه لو أوصى إلى أهل بلد: فإن كان صغيرًا جاز، ووجب تعميمهم، وإن كان كبيرا كالبصرة، فهو [كالوصية للقبيلة](٨) الكبيرة، ولو أوصى بثلثه للفقراء صرف إلى فقراء بلده.

وهل ذلك على سبيل الإيجاب أو الاستحباب ؟ فيه خلاف مرتب على نقل الصدقة، وأولى بالجواز، وهذه طريقة الماوردي والغزالي وغيرهما، وأطلق القاضي الحسين الخلاف من غير ترتيب، والقاضي أبو الطيب قال: يجب الصرف إليهم كما في الزكاة، وهو الذي حكاه البندنيجي [عن نص الشافعي - رضي الله عنه-.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: وجه.
(٧) في د: اشتراط.
(٨) في د: كالقبيلة.

وعلى هذا، يجب أن يكون قوله: أوصيت للفقراء بمائة][1] كقوله: أوصيت لفقراء هذه البلدة، وقد تقدم.

وقد أشار إلى ذلك الرافعي، وعضده بأن الأستاذ أبا منصور ذكر في الوصية للغارمين: أنه يعطى ثلاثة منهم، إن كانوا غير محصورين، وإن كانوا محصورين استوعبوا، فإن اقتصر [القاضي][2] على ثلاثة [منهم][3] فتجزئه أو يضمن حصة الباقين ؟ جعله على جوابين، إن قلنا بالثاني، فالحساب على قدر ديونهم أو على عدد رءوسهم ؟ فيه وجهان.

فرع: لو دفع الوصية إلى شخصين من الفقراء، ضمن نصيب الثالث، وفيه مثل الخلاف المذكور في الزكاة، والمنصوص عليه في الأم في هذه المسألة - كما قال الماوردي-: أنه يضمن الثلث.

قال القفال: ولا يجوز للوصي أن يدفع ما يغرمه للفقير نفسه، بل يدفعه [إلى الحاكم][4]؛ ليدفعه إليه، فإن دفعه إليه [بنفسه][5] لم يبرأ، وإن أمره الحاكم بدفعه إلى فقير فدفعه إليه برئ. قال الإمام: وهذا حسن ظاهر.

قال: **وإن أوصى بالثلث لزيد وللفقراء، فهو كأحدهم**؛ لأنه ألحقه بهم في الإضافة، وذلك يقتضي التسوية، وهذا نصه هاهنا؛ حيث قال: [القياس][6]: أنه كأحدهم.

قال الرافعي: وأراد القياس على ما إذا أوصى لزيد وأولاد عمرو، فإن زيدا يكون كأحدهم.

وقد اختلف الأصحاب في قوله: «كأحدهم» على أوجه:

أحدها: أن للموصي أن يعطى سهمًا من سهام القسمة، فإن قسم المال على أربعة من الفقراء، دفع إليه الخمس، وإن قسمه على خمسة دفع إليه السدس، وعلى هذا القياس، وهذا تقرير الأستاذ أبي منصور، وقال البندنيجي: إنه المذهب.

والثاني: أنه كأحدهم: بمعنى أنه رابعهم؛ لأن أقل ما يجوز أن يصرف إليه من

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج، د.
(٤) في د: للحاكم.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ج.

الفقراء ثلاثة أسهم؛ فيدفع إليه الربع، والباقي يصرف للفقراء بالتساوي أو التفاضل كما يراه، وهذا ذكره في الإفصاح.

والثالث: أنه يكون كأحدهم: بمعنى أنه يعطى جزءا وإن قل. قال في البحر: وهذا ظاهر كلام الشافعي - رضي الله عنه - وأبي إسحاق، وهو الصحيح، ويكون فائدة ذكره: أنه لا يحرم، وأن يعطى وإن كان غنيا، ويجوز أن يعطى[(١)] إلى ثلاثة منهم، وزيد أحدهم. انتهى.

وما ذكره آخرا يفهم جواز دفع الثلث إلى ثلاثة، زيد أحدهم، وإن كان غنيا، وهو ما صرح به القاضي أبو الطيب في تعليقه، وأفهمه كلام ابن الصباغ. حيث قال: وينبغي أن يقال: إذا كان غنيا لا يجوز أن يكون من جملة من يقتصر عليه من الفقراء؛ فيكون ثلاثة غيره، وهذا ما جزم به في الحاوي، وأسقط هذا القول في حال غنى زيد؛ ولأجل ذلك قال صاحب البحر: وقد قيل: إن كان [غنيا][(٢)] لا يجوز أن يجعل كأحدهم؛ لأن مخالفته في صفتهم تقتضي مخالفته في حكمهم.

وعلى هذا ينطبق ما قاله المتولي: أنه ينصرف إليه الثلث إن كان فقيرا[(٣)]، والربع إن كان غنيا[(٤)].

وعلى ما حكاه[(٥)] القاضي أبو الطيب: أنه لا فرق بين الغني والفقير، وعلى هذا القول يكون له الثلث، [وكذلك صرح به][(٦)].

قال: **وقيل: يدفع إليه نصف الثلث**، كما لو أوصى لزيد وعمرو و[(٧)] للفقراء و[(٨)] المساكين، فإنه يقسم بين النوعين نصفين.

وقد روى أبو عبد الله في شرح التلخيص هذين القولين منصوصين؛ لأنه نص في كتاب اليمين مع الشاهد: أنه كأحدهم، ثم قال: وقد قيل: إنه له النصف.

وغيره نسب القول الثاني إلى أبي إسحاق.

وعن البندنيجي أنه حكى عن أبي إسحاق أنه قال في الدرس: إن كان زيد

---

(١) في د: بدفع.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: غنيًا.
(٤) في جـ: فقيرًا.
(٥) في د: حكيناه عن.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في د: أو.
(٨) في د: أو.

فقيرا [فهو كأحدهم، وإلا][1] فله النصف.

وهذا كله إذا لم يصف[2] زيدا بالفقر، أما إذا قال: لزيد الفقير وللفقراء، أجري الخلاف فيما لزيد إن كان فقيرا.

ومنهم من خصص الخلاف[3] بهذه الحالة، وبقي القول بكونه كأحدهم عند الإطلاق، وإن كان غنيا لم يصرف إليه شيء، ويصرف للفقراء؛ إن قلنا: إنه كأحدهم، وإلا فهو لورثة الموصي.

ولو وصف زيدًا بغير صفة الجماعة، فقال: لزيد الكاتب وللفقراء، فعن الأستاذ أبي منصور أن له النصف قولا واحدا.

وفي الزوائد حكاية عن الشيخ أبي حامد في الشرح رواية وجه: أنه إذا أوصى لزيد وللفقراء، كانت الوصية لزيد باطلة؛ لجهل القدر الذي يصرف إليه.

فروع:

لو أوصى لزيد وللفقراء والمساكين، فإن جعلناه فيما تقدم كأحد الفقراء، فكذلك هاهنا، وإن جعلنا له النصف فله هنا الثلث، وإن جعلنا له ثَمَّ الربع، فله هنا السبع.

ولو كان له ثلاث أمهات أولاد، فأوصى بثلث ماله [لهن][4] وللفقراء والمساكين، فالمذهب: أن لكل صنف ثلث الثلث.

وفي التتمة: أنه حكى عن أبي على الثقفي من أصحابنا: أنه يقسم الثلث على خمسة.

ولو أوصى لزيد بدينار وبثلث ماله للفقراء وزيد فقير، لم يجز أن يعطى غير الدينار، وبه جزم في الحاوي.

وفي البحر وجه آخر عن رواية الحناطي: أنه يجوز أن يجمع له بين ما أوصى له به وبين شيء آخر من الثلث.

ولو أوصى بثلث ماله لحي وميت، [ولجبريل والملائكة والشياطين والحائط والرياح][5]، أو لمن يملك ولمن لا يملك، [فالوصية للميت][6] باطلة، وفيما

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: يتصف.
(٣) في د: الأوجه.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ج.

يملكه الحي[(١)] وجهان:

أحدهما: جميع الثلث.

والثاني: إن كان المسمى معه ميتا أو جبريل أو حائطا، فله نصف الثلث، وإن كان المسمى معه الملائكة أو الشياطين أو الرياح فله النصف أو الربع، أو للوصي أن يعطيه أقل ما يتمول فيه، [على][(٢)] الخلاف المذكور فيما إذا أوصى لزيد وللفقراء.

وفي الحاوي: الجزم بأنه إذا أوصى له ولجبريل: أنه لا يستحق إلا نصف الثلث والنصف للورثة، وعلى ذلك جرى [في][(٣)] المهذب[(٤)].

وفيما إذا[(٥)] أوصى بثلثه لزيد والملائكة وجهان:

أحدهما: لزيد نصف الثلث.

والثاني: الربع ويرد الباقي إلى الورثة.

وفيما إذا أوصى لزيد والشياطين ثلاثة أوجه:

أحدها: جميع الثلث.

والثاني: النصف.

والثالث: الربع، ويرد الباقي على الورثة.

وفيما إذا أوصى بثلثه لزيد والرياح، كان فيما لزيد وجهان:

أحدهما: جميع الثلث.

والثاني: النصف[(٦)]، وحكاه في المهذب أيضا.

ولو أوصى بثلثه لله تعالى ولزيد، فوجهان:

أحدهما: أن جميع الثلث لزيد.

والثاني: لزيد نصف الثلث؛ وفي النصف الآخر وجهان في الحاوي:

[أحدهما][(٧)] يصرف في سبيل الله، وهم الغزاة.

والثاني: في الفقراء والمساكين.

---

(١) زاد في جـ: ومن يملك.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: المذهب.
(٥) في د: لو.
(٦) في د: نصف.
(٧) سقط في د.

وحكى الرافعي عن الأستاذ أبي منصور أنه قال: يصرف في سبيل الله، وتصرف في وجوه القرب.

وعن ابن القاص: أن النصف يرجع إلى ورثة الموصي.

ولو أوصى لزيد ولحمار عمرو بالثلث، قال ابن أبي أحمد: كان النصف لزيد، وأما النصف المسمى للحمار، فينظر: إن قصد تمليك الحمار، فالوصية به باطلة، وإن أطلق ومات قبل البيان، سئل ورثته، فإن قالوا: أراد بها تمليك الحمار، فالوصية باطلة، والقول قولهم مع أيمانهم، وإن قالوا: أوصى به؛ ليتملكه [ربه][(١)] ويصرفه في علفه[(٢)] والإنفاق عليه، جازت الوصية؛ إذا قبلها صاحبه بعد موت الموصي؛ وينفق عليها الوصي إن كان له وصي، وإن لم يكن فصاحب الدابة، وإن قالوا: لا ندري، حلفوا إنهم لا يعلمون ذلك، وبطلت الوصية. وفي الرافعي حكاية وجه فيما إذا أوصى لبهيمة، وصرح بأن الموصى به يصرف في علفها: أنه لا يشترط القبول، ووجهه[(٣)]: أنه إذا قبل مالكها، لا يجب عليه صرف ذلك إلى علفها.

[قال:][(٤)] فإن قلنا بوجوب صرفه وهو الذي يقتضي إيراد الماوردي ترجيحه، فيتولى الإنفاق [عليها][(٥)] الوصى، فإن لم يكن فالقاضي[(٦)] [أو أمين][(٧)] بأمره.

قال: **وإن أوصى[(٨)] لحمل هذه المرأة، دفع إلى من يعلم أنه كان موجودا عند الوصية**، أي بعد انفصاله حيًّا؛ إذ به يتحقق الاستحقاق، وذكر في جواز الوصية للحمل أنه لما مَلَكَ بالإرث [الذي هو][(٩)] أضيق، ملك بالوصية التي هي أوسع.

ثم العلم بوجوده حالة الوصية يحصل بأن تضعه لما دون ستة أشهر من حين الوصية، وكذا إذا وضعته لأكثر منها إلى أربع سنين، و[لا][(١٠)] هي تحت زوج ولا مولى بعد الوصية.

---

(١) سقط في د.
(٢) في ج: غلته.
(٣) في د: وجهًا.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في ج: فالحاكم.
(٧) في د: من.
(٨) في د: وصى.
(٩) في د: وهو.
(١٠) سقط في ج.

وقيل: لا يستحق في هذه الحالة، وقد حكاه القاضي الحسين في موضع قولا، وفي موضع آخر عن قول الربيع، وحكى الأول عن النص، والذى صححه في التهذيب الثاني.

وقال غيره: إنه ليس بشيء.

ولا نزاع في أنها إذا وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الوصية، أو لما دونها وفوق ستة أشهر، وكانت تحت زوج أو سيد يمكن أن يطأها - أنه لا يستحق.

ثم إذا صحت الوصية: فإن خرج الحمل واحدا: صرف إليه، وإن كان أكثر: صرف الموصى به [إليهما][١] بالسوية، إلا أن يفضل الذكر على الأنثى أو بالعكس، فيتبع.

وكذا لو قال: إن كان حمل هذه المرأة ذكرا، [فله دينار، وإن كان أنثى فله][٢] ديناران، فإنه يتبع شرطه، فلو وضعت في هذه الحالة ذكرا وأنثى، يستحقهما[٣]، [ولو وضعت ذكرين أو جاريتين فهل يستحقان؟][٤] فيه وجهان:

أحدهما: لا، كما لو وضعت غلاما وجارية.

والثاني: يستحقان[٥]، وفي كيفية الصرف لهما ثلاثة أوجه سنذكرها.

ولو قال: إن كان في بطنك ذكر فله دينار، وإن كان في بطنك أنثى فله ديناران، فخرج ذكرا وأنثى - استحقا ما شرط لهما؛ كما في مسائل الطلاق.

ولو وضعت غلامين أو جاريتين صحت الوصية، وفيها ثلاثة أوجه حكاها ابن سريج:

أحدها: [أن للورثة أن يدفعوا][٦] الدينار أو الدينارين إلى أي الغلامين أو الجاريتين شاءوا.

والثاني: أن الغلامين أو الجاريتين يشتركان فيما شرط لهما.

والثالث: أن ذلك يوقف بينهما إلى أن يصطلحا.

ولو وضعت الموصى لحملها ولدا حيًّا وآخر ميتا: ففيه وجهان، حكاهما في

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: لم يستحقها.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في د: يستحقها.
(٦) في جـ: يدفع.

الزوائد [عن رواية الشيخ سهل][(١)]:

أحدهما: للحي جميع الثلث.

والثاني: نصفه.

فرع: لا يصح قبول الوصية للحمل في حال اجتنانه من وليه، كما حكاه في التهذيب عن القفال، وحكى عن غيره في صحته قولين؛ بناء على ما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت وأنهما جاريان فيما إذا أخذ الأب الشفعة لولده في حال اجتنانه ثم ظهر حيًّا، وبعد الوضع يصح.

ولو تداعى اثنان بسبب الحمل؛ لكونهما وطئا أمة في طهر واحد وقبلا له مع بقاء الإشكال - صح؛ لأنا نتيقن أن أحدهما أبوه، [كذا][(٢)] قاله القاضي الحسين في باب العدد.

فرع: إذا أوصى لحمل هذه المرأة من زيد، فكل موضع ألحقنا الحمل بزيد، وعلمنا وجوده حالة الوصية، صرفت له الوصية.

وإن لم نلحقه به فلا يصرف له.

ولو ألحقناه به وتحققنا وجوده حالة الوصية، فنفاه؛ إما بدعوى الاستبراء أو باللعان، قال أبو إسحاق المروزي: يصرف الموصى به إليه.

قال القاضي أبو الطيب: وهو المشهور، بعد أن حكى عن باقي الأصحاب: أنه لا يستحق شيئا من الوصية.

ووجَّه قول أبي إسحاق بأن حكم لعانه مقصور عليه، لا يتعداه إلى غيره؛ ألا ترى أن عدة الأمة تنقضي بوضعه.

وقد نسب الماوردي قول البطلان إلى ابن سريج.

قال: وإن وصى للرقاب، صرف إلى المكاتبين، وإن وصى لسبيل الله، صرف إلى الغزاة من أهل الصدقات؛ لأنه المفهوم من عرف الشرع؛ فحمل عليه.

وأقل من يجوز الصرف لهم ثلاثة.

ولو لم يكن في الدنيا مكاتب، حكى القاضي أبو الطيب في تعليقه عن الشافعي: أنه يوقف الثلث؛ لجواز أن يُكاتَب عبيدٌ بعد ذلك؛ فيدفع إليهم.

---

(١) سقط في جـ.

(٢) سقط في جـ.

وأبدى في البحر احتمالا في بطلان الوصية، وكلامه يفهم أن الاحتمال لأبي الطيب.

فرع: إذا قال: أعتقوا بثلثي رقابا، فإن كان ثلث ماله يبلغ ثمن ثلاث رقاب، اشترُوا وعتقوا، وإن كان لا يبلغ إلا ثمن رقبتين اشتريتا وأعتقتا، وإن كان يبلغ ثمن رقبتين ويفضل: فإن كان الفاضل لا يبلغ(1) أن يشتري به شقصًا من رقبة، [وأمكن أن يَشترِي رقبتين غاليتين - فعل، فإن فضل عن ثمن أغلى رقبتين، بطلت الوصية فيه، وفيه وجه: أنه يوقف إلى أن يوجد شقص يشتري به، وإن لم يمكن أن يشتري بجميع الثلث رقبتين غاليتين](2) وأمكن أن يشتري [به](3) رقبتين وشقصا من رقبة - فعل، وفيه وجه: أنه لا يشتري وتبطل الوصية بتلك الزيادة، وهذا يحكى عن أبي إسحاق [وجعله الغزالي أظهر.

وإن أمكن الأمران جميعا، فأيهما يفعل ؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو قول أبي إسحاق](4) والأظهر عند الغزالي-: أنه يشتري به شقصا من آخر.

والثاني - وبه قال ابن سريج وهو الأظهر عند عامة الأصحاب، وظاهر النص-: أنه يُشْتَرَىَ به رقبتان نفيستان.

فرع: لو أوصى للخيرات(5) أو البر أو الثواب، فالحكم كما لو وقف على هذه الجهات، وقد ذكرناه في الوقف.

قال: **وإن أوصى لعبد فقبل، دفع إلى سيده**، كما لو اصطاد أو احتطب أو احتش.

وهل يستقل العبد بقبولها دون إذن السيد ؟ فيه وجهان:

المذهب منهما في تعليق البندنيجي: نعم.

واختيار الإصطخري: لا.

قال في البحر: وعليهما ينبغي الاكتفاء بقبول السيد دون العبد: فإن قلنا بالأول، لم يجز، وبه جزم البندنيجي، وإن قلنا بالثاني، جاز ولا ترد الوصية برد

---

(١) في د: يمكن.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: للحراب.

العبد، كما حكاه الإمام.

ثم على الصحيح: لو منع السيد العبد من القبول فقبل، قال الإمام: الظاهر عندي الصحة وحصول الملك للسيد؛ كما لو نهاه عن الخلع فخالع، وإن قلنا: لا يصح من غير إذنه، فلو رد السيد فهو أولى من عدم الإذن، فلو بدا له أن يأذن[(١)] في القبول [بعد ذلك، فالذي يظهر أنه لا أثر لذلك؛ فإنا على قول اعتبار الإذن في القبول نقيم قبول السيد][(٢)] مقام قبول العبد، فكذلك، ينبغي أن يقام رده مقام رده.

ثم السيد الذي يدفع الموصى به إليه، [هو مالكه عند الموت أو القبول، فلو أوصى له وهو ملك زيد فباعه، ثم مات الوصي][(٣)] وقبل العبد - كان الموصى به للمشتري دون البائع؛ كذا حكاه الرافعي عن القاضي أبي الطيب في الركن الرابع من القسامة، وحكاه في البحر هنا، وألحق به ما لو أوصى لعبد وارثه، فباعه الوارث، ثم مات الموصي، كانت الوصية صحيحة، ويسلم الموصى به للمشتري إذا قبل العبد، بخلاف ما لو أوصى لعبد نفسه، ثم باعه من أجنبي، ثم مات الموصي، فإن الوصية لا تصح؛ لأنها لم تنعقد لعبد نفسه أصلا.

وفيما قاله نظر من وجهين:

أحدهما: أن البندنيجي قال: الوصية لعبد نفسه وصية لعبد وارثه في الحقيقة؛ لأنه[(٤)] يكون لوارثه بعد الموت، فأي فرق بينهما؟!

والثاني: أن الرافعي حكى عنه في الركن الرابع من القسامة: أنه لو أوصى لعبد نفسه، ثم أعتقه قبل أن يموت، تصح الوصية، والبيع من الأجنبي كالعتق.

وقد صرح الرافعي: بأن الموصي إذا باع عبده الموصى له قبل موته، كانت الوصية للمشتري، [وإن][(٥)] أعتقه، كانت الوصية للعتيق، ولو باع الأجنبي العبد الموصى به[(٦)] أو أعتقه بعد موت الموصي وقبل القبول، فإن قلنا: الملك لا يحصل إلا بالقبول، فالملك للمشتري أو للمعتق، وإن قلنا: يحصل بالموت

---

(١) في د: الإذن.
(٢) بدل ما بين المعقوفين في د: يقوم.
(٣) سقط في د.
(٤) زاد في جـ: لا.
(٥) في د: وأنه لو.
(٦) في جـ: له.

ناجزا، أو تَبيُّنَا، فهو للبائع أو للمعتق[(١)] إذا لم يكن وارثا، وإن كان وارثا فهي كالوصية للقاتل، كذا أبداه الغزالي لنفسه.

فروع:

الوصية لأم الولد صحيحة، وكذا للعبد بنفسه أو بعضها، وهل يفتقر عتقه بعد الموت إلى القبول ؟ المشهور: نعم، وللإمام احتمال في عدم اشتراطه.

وفي البحر في آخر باب الكتابة: أنه لو أوصى لعبده بثلث ماله، قال بعض أصحابنا بخراسان: فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يصح.

والثاني: يصح بثلث نفسه فقط.

والثالث: يصح بجميع ثلثه، وتُقَدَّمُ نفْسُهُ عليه.

وفي الرافعي وجه آخر عزاه إلى ابن الحداد وجعله الأظهر: أن رقبته تدخل في الوصية، ويكون الحكم كما لو قال: أوصيت له بثلث رقبته وثلث سائر أموالي.

والحكم في هذا كما لو أوصى لمن بعضه حر وبعضه رقيق لوارثه، وسنذكره.

والوصية للمدبر إن خرج كله من الثلث، صحيحة، ولو خرج بعضه قال في الحاوي: صح من الوصية له بقدر ما عتق منه، وبطل منها بقدر ما رق منه.

وقال في البحر: قال سائر أصحابنا: إذا رق بعضه، بطلت الوصية، وعلى ذلك جرى البندنيجي.

وقال الرافعي: إن وفى الثلث بقدر[(٢)] الأمرين من الوصية والرقبة؛ بأن كانت الوصية بمائة ورقبة المدبر بمائة، وهو [يملك مائة أخرى - فوجهان:

أحدهما - وبه أجاب الشيخ أبو علي][(٣)]-: أنه يقدم رقبته؛ فيعتق كله، ولا شيء له من الوصية.

الثاني - وهو أصح في التهذيب-: يعتق نصفه، والوصية [وصية][(٤)] لمن بعضه حر وبعضه رقيق للوارث.

وإن لم يف الثلث بالمدبر، عتق منه بقدر الثلث، وصارت الوصية وصية لمن

---

(١) في د: والمعتق.
(٢) في د: بأحد.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في ج.

بعضه حر وبعضه رقيق للوارث، والحكم فيه: أنه إن لم يكن بينهما مهايأة، أو كانت وقلنا: لا تدخل الوصية فيها، فهي وصية لوارث؛ لأن ما ثبت له بالوصية يكون نصفه للوارث؛ ولهذا قلنا: لا يرث؛ لأنه لو ورث شيئا لملك [السيد][1] بعضه وهو أجنبي عن الميت، قال الإمام: وكان يحتمل أن تتبعض الوصية، كما لو أوصى بأكثر من الثلث.

وإن جرت بينهما مهايأة، وقلنا بدخول الوصية فيها: فإن قلنا: الاعتبار بيوم الوصية، فإن كان[2] في يوم السيد فهو وصية لوارث، وإن كان في يوم العبد فهي صحيحة.

وهكذا إن قلنا: الاعتبار بيوم الموت، كما هو الظاهر من المذهب، ووجد [الموت][3] في يوم أحدهما.

ولو أوصى لمن نصفه رقيق لأجنبي ونصفه حر، فإن لم يكن بينهما مهايأة، وقبل بإذن السيد فالموصى به بينهما بالسوية، وكذا إن كان بغير إذنه، وقلنا: لا يفتقر العبد في قبولها إلى إذن السيد[4]، وإن قلنا: يفتقر، بطل في نصف[5] السيد، وفي نصفه وجهان، وجه المنع: أن ما يملكه ينقسم على نصفيه، فيلزم دخول نصفه في ملك السيد بغير رضاه.

ولو كانت بينهما مهايأة وقلنا: لا تدخل فيها الأكساب النادرة، فالحكم كما تقدم، وإن قلنا: تدخل، فلا حاجة إلى إذن السيد في القبول.

ثم الاعتبار بأي وقت ؟ قد سبق الكلام فيه في باب اللقيط، وهذا إذا أطلق الوصية [له][6]، أما إذا قال: أوصيت لنفسك الرقيق أو الحر خاصة، فعن القفال: أن الوصية باطلة، ولا يجوز أن يوصي لبعض شخص، كما لا يجوز أن يرث بعض شخص.

وعن غيره: أنها تصح، ويتبع شرطه.

ولو أوصى لمكاتب نفسه أو لمكاتب وارثه، صح، جزم به البندنيجي.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: كانت.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: سيده.
(٥) في جـ: إذن.
(٦) سقط في جـ.

وحكى في البحر عن ابن أبي أحمد في التلخيص: أنه لا تجوز الوصية لمكاتب وارثه، وأن القفال قال: إنه غلط، بل تجوز؛ كما تجوز لمكاتب نفسه، فلو عجز المكاتب نفسه قبل موت الموصي بطلت الوصية، بخلاف مكاتب الأجنبي إذا أوصى[(١)] له وعجز نفسه، فإنها [لا][(٢)] تبطل.

قال في البحر: وكانت لمولاه.

وقال في الحاوي: إن لم يكن أخذها فهي مردودة؛ لأنه صار عبدا[(٣)].

قال: **وإن أوصى بعتق عبد، عتق عنه ما يقع عليه الاسم**؛ لعموم اللفظ، وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد، وبه جزم القاضي الحسين.

وقيل: **لا يجزيه إلا ما يجزئ في الكفارة**؛ لأنه عرف الشرع، وهذا ما اختاره أبو الحسن الماسرجسي[(٤)] والقاضي الطبري، كما حكاه عنه في البحر. وهل يجوز على هذا أن يعتق الخنثى[(٥)]؟ فيه وجهان في الحاوي، ويجوز للموصي أن يعتق عنه [أبا][(٦)] نفسه سواء كان العتق تطوعا [أو واجبا.

---

(١) في د: وصى. (٢) سقط في د.

(٣) قوله: ولو أوصى لمكاتب نفسه أو للمكاتب وارثه صح، ثم قال: ولو عجز المكاتب نفسه قبل موت الموصي بطلت الوصية، بخلاف مكاتب الأجنبي إذا وصى له وعجز نفسه، فإنها لا تبطل.
قال في البحر: وكانت لمولاه.
وقال في الحاوي: إن لم يكن أخذها فهي مردودة؛ لأنه صار عبدًا. انتهى كلامه.
وما ذكره -رحمه الله- عن الحاوي ليس مطابقًا لما فيه، فإنه لم يذكر مكاتب الأجنبي، ولا مكاتب وارثه بالكلية، وإنما ذكر مكاتب نفسه خاصة، فقال: ولو أوصى لمكاتبه، كانت الوصية جائزة؛ لأن المكاتب يملك، فإن عتق بالأداء فقد استقر استحقاقه لها، فإن كان قد أخذها قبل العتق، وإلا أخذها، وإن رق بالعجز نظر، فإن لم يكن قد أخذها، فهي مردودة؛ لأنه صار عبدًا موروثًا، وإن كان قد أخذها، ففيه وجهان:
أحدهما: ترد اعتبارًا بالانتهاء في مصيره عبدًا موروثًا.
والثاني: لا ترد اعتبارًا بالابتداء في كونه مكاتبًا مالكًا. هذا لفظه من غير زيادة عليه. ذكره في أوائل الباب، ونقلها عنه صاحب البحر في أواخر الباب قبيل باب الوصية للأقارب، ولم يطابقه أيضًا لكنه أخف مما ذكره المصنف، ثم إن الحكم على مكاتب الوارث بالبطلان، إنما يستقيم إذا أبطلنا الوصية للوارث وهو وجه ضعيف، والأصح صحتها موقوفة على الإجازة. [أ و].

(٤) في د: للسرخسي. (٥) في د: الخمس.

(٦) سقط في ج.

قال الماوردي: ولو اشترى أبا الموصي وأعتقه فإن كان عن واجب، لم يجز، وإن كان تطوعا أجزأ و][1] المستحب أن يشتري العبد المأذون المترفه عند مالكه والعبد الضعيف أولى من غيره، ولو أوصى بشراء جارية وتعتق عليه، ففعل الوصي ذلك، ثم ظهر دين مستغرق للتركة، فإن وقع الشراء بعين المال[2]، فالعقد باطل، وإن وقع في الذمة ولم يسم الموصي في العقد وقع الشراء للمشتري.

قال في البحر: وعتق عليه، كما لو أعتق مملوكه؛ ظانا أنه مملوك غيره، وجزم في الشامل وتعليق البندنيجي والقاضي أبي الطيب والحسين، بأن عتقه عن الميت [لأنه أعتقه عن الميت]، وإن كان يملكه، فكل من أعتق عبد نفسه عن غيره بإذنه، كان العتق واقعا عن ذلك الغير. قال في البحر: وهذا عندي خطأ؛ لأنه أمره بالإعتاق عنه فيما يشتريه له ويصح الشراء له، وهاهنا لم يصح الشراء له؛ فلا يتناوله إذن الميت، ومن أعتق عن غيره بغير إذنه لا يعتق عنه عندنا.

ولو أوصى ببيع عبد من تركته، وأن يشتري بثمنه جارية ويعتقها عنه، ففعل الوصي ذلك، ثم اطلع مشتري العبد على عيب قديم فرده - فللوصي أن يبيع ذلك العبد المردود على الأصح، ويؤدي من ثمنه ما قبضه ثمنا عنه أولا، وفيه وجه: أنه لا يجوز له البيع، فعلى الأول: [إن وفى ثمنه الثاني الأول فلا][3] كلام، وإن كان الأول ألفا والثمن الثاني تسعمائة؛ لمكان العيب، فعلى من يكون النقصان ؟ فيه وجهان:

أحدهما: على الوصي؛ لتفريطه.

والثاني: أنه على ذمة الميت.

ولو زاد الثمن الثاني على الأول، بأن بلغ [ألفا ومائة][4]: فإن كان لأجل ارتفاع الأسواق[5]، ولا لحدوث ديون، فقد بان لنا أن البيع الأول جرى بالغبن؛ فكان باطلًا.

وحينئذ فإن كان شراء الجارية واقعا في الذمة، فينصرف إلى الوصي، والعتق

---

(١) بدل ما بين المعقوفين في د: أجزأه.
(٢) في د: الألف.
(٣) في د: ولا.
(٤) في د: ألفين.
(٥) في د: السوق.

واقع [عليه][١]، وعليه ألَّا يشتري بتمام ثمن العبد جارية فيعتقها عن الموصي، وإن كان شراء الجارية وقع بعين ما قبض، فلا يصح العقد ولا ينفذ العتق. كذا حكاه الإمام في أواخر باب بيع الكلاب. قبل كتاب السلم.

قال: وإن قال: أعطوه رأسا من رقيقي، ولا رقيق له عند الموت، أي: إما لموتهم أو قتلهم[٢]، مع وجودهم [في][٣] حال الوصية، أو لعدم وجودهم [حال الوصية][٤]، واستمرار ذلك إلى الموت.

قال: بطلت الوصية؛ لعدم إمكان الوفاء بها، وما يوجد من القيمة عند الإتلاف، فليس بموصى به، ولا هو بُدل ما تعلق[٥] به حق لازم.

وفي الحاوي [وجه][٦]: أنهم إذا قتلوا تعلق حقه بقيمة أحدهم، ولو كان له رقيق صحت الوصية؛ لأن غاية الأمر أنها وصية بمجهول، وللوارث أن يدفع إليه ما ينطلق عليه الاسم من: صغير وكبير، وذكر وأنثى، وسليم ومعيب، ومسلم وكافر.

وهل يجوز أن يعطى خنثى ؟ حكى القاضي الحسين عن المزني: أنه يعطى، وعن باقي الأصحاب: لا؛ لأن العرف لا يقتضيه، وهذا ما حكاه الماوردي عن الربيع، وحكاه الإمام وجها عن رواية صاحب التقريب، وأنه عرى عن التحصيل[٧]، لا اعتداد به، وجعل مقابله المذهب الصحيح، وعلى ذلك جرى الرافعي والروياني في البحر، وهذا إذا كان الرقيق موجودا عند الوصية أيضا.

ولو[٨] لم يكن ففيه[٩] الخلاف السابق فيما إذا أوصى بألف أو عبد لا يملكه، وإيراد ابن الصباغ يفهم حكاية خلاف فيه، وإن صححنا ثم؛ لأنه قاس وجه الصحة على [ذلك][١٠].

وقال في وجه المنع: لأن ذلك يقتضي وجود الرقيق له في حالة الوصية.

وعلى الخلاف يخرج ما إذا كان له رقيق عند الوصية، وتجدد له رقيق عند

---

(١) سقط في ج.
(٢) زاد في ج: و.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في د.
(٥) زاد في د: له.
(٦) سقط في ج.
(٧) زاد في د: و.
(٨) في د: فلو.
(٩) في د: فيه.
(١٠) سقط في ج.

الموت، هل يجوز أن يعطى من الثاني ؟

وحكى الإمام عن بعض أصحابنا وجها آخر: أن للورثة الخيار[١] في أن يعطوه العبد.

ولو لم يكن له إلا رأس واحد وقال: أعطوه رأسا من رقيقى، ففيه وجهان في التتمة:

أحدهما: البطلان.

والمذكور منهما في تعليق البندنيجي: صحة الوصية، وتعين العبد، وهو المذهب؛ كما حكاه من تلقى عن الإمام.

وفي كلام الشيخ إشارة إليه من بعد، والحكم عند القاضي أبي الطيب، فيما [إذا قال: أعطوه رأسا من عندي، كالحكم فيما لو قال: رأسا من رقيقي.

وعند القفال وغيره: لا يجوز أن][٢] يعطى جارية، وهل يجوز أن يعطى خنثى قد بانت ذكورته ؟ فيه وجهان؛ كذا حكاه في البحر.

قال: **وإن قال: أعطوه عبدا من مالي اشْتُرِي** [أى: إن لم يكن له عبد][٣] **ودفع إليه؛** لاقتضاء اللفظ ذلك.

أما إذا كان له عبيد[٤]، فالورثة مخيرون بين أن يعطوه عبدا منهم، وبين أن يشتروا له عبدا ولو [كان][٥] معيبا؛ كما قاله القاضي الحسين.

وحكى الإمام عن بعض أصحابنا أنه لم يُجوِّز أن يُشتَرى له معيبٌ إذا كان الموصي قد قال: اشتروا له عبدا من مالي؛ لأن لفظ الشراء يقتضي سلامة المشترى.

ثم قال: ورأيت في بعض التصانيف رمزا إلى أنه يتعين تسليم عبد من الموجودين؛ إذا كانوا في التركة، وهذا غير معتد به.

ولو قال: أعطوه عبدا، ولم يقل: من مالي، فالمذهب أن الوصية تصح، ويكون كما لو قال: من مالي.

---

(١) في د: الجواز.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج.
(٤) في د: عبد.
(٥) سقط في د.

وفي التتمة وجه: أنها لا تصح.

قال: وإن قال: أعطوه رأسا من رقيقي، فماتوا كلهم، أي [في حياة][١] الموصي، أو قتلوا إلا واحدا - تعينت فيه الوصية، أي: وإن كان أكثرهم قيمة؛ كما قاله القاضي الحسين؛ لأن الوصية تعلقت بالرقبة؛ فلم يكن للورثة العدول عنها مع القدرة عليها، ولأن حقه تعلق بواحد لا بعينه؛ فأشبه ما لو قال: بعتك صاعا من هذه الصبرة فتلفت إلا قدر صاع؛ فإنه يتعين البيع فيه؛ فكذلك هاهنا[٢]، وهذا ما نسبه البندنيجي إلى أبي إسحاق، وبه جزم ابن الصباغ والمتولي والقاضي الحسين والإمام، وحكى عن [بعض][٣] الأصحاب نفي خلافه، وجعل صاحب البحر محله في مسألة القتل إذا وجد القتل بعد موت الموصي، وقاسه على ما إذا قُتِلوا [إلا واحدا][٤] قبل موت الموصي.

وحكى عن بعض أصحابنا وجهًا آخر: أن للورثة الخيار بين أن يعطوه العبد الباقي أو[٥] قيمة أحد العبيد المذكورين؛ كما لهم الخيار إذا قتلوا جميعا، وهذا اختيار القفال، وحكاه الإمام عن طرق أئمتهم، وبه جزم الفوراني، وكذا الرافعي؛ إذا كان القتل بعد القبول أو قبله وقلنا بقول الوقف أو بأنه ملك بالموت، والحكم فيما لو أعتقهم إلا واحدا، كالحكم فيما إذا ماتوا إلا واحدا.

فإن قيل: قد حكيتم فيما إذا لم يكن [له][٦] إلا واحد عند الموت [هل تبطل الوصية][٧] أو تصح وتتعين؟ فيه وجهان، وجزمتم فيما[٨] إذا ماتوا أو قتلوا إلا واحدا: أن الوصية تتعين فيه، [فهلا جرى][٩] الخلاف السابق.

قلنا: اللفظ في هذه المسألة كان صحيحا عند الوصية؛ لأنه قال: «من رقيقي» وكان له رقيق، وهناك[١٠] اللفظ فاسد؛ لكونه لا رقيق له يصرف منه رأسا.

أما إذا مات واحد منهم بعد موت الموصي وقبول[١١] الموصى له، فللوارث التعيين فيه؛ حتى يجب تجهيزه[١٢] على الموصى له.

---

(١) في د: بعد موت.
(٢) في د: هنا.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: الواحد.
(٥) في د: و.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في د: أن الوصية تبطل.
(٨) في د: بما.
(٩) في د: فهل لا يجري.
(١٠) في د: وهنا.
(١١) في جـ: قبل.
(١٢) في د: التجهيز.

وإن كان ذلك بعد الموت وقبل القبول، فكذلك الحكم إن قلنا بحصول الملك بالموت أو بالقبول[(١)] تبيَّن حصوله بالموت وإن قلنا: يملك بالقبول، فيعطى [واحدا][(٢)] من الباقين؛ كما لو كان ذلك قبل موت الموصي؛ كذا حكاه الرافعي، وهو بناء على ما حكاه أولا.

وعند الأصحاب - كما حكاه الإمام-: أنه لا فرق بين أن يكون موتهم إلا واحدا، قبل موت الموصى أو بعده في أن الوصية تنفذ في الواحد.

قال: وإن قتلوا كلهم، أي: بعد موت الموصي، قتلا[(٣)] يوجب الضمان، دفعت إليه قيمة أحدهم؛ لأن القيمة بدل ما وجب له، ثم للورثة التعيين.

وفي الشامل: أن للموصى له قيمة أحدهم[(٤)].

وفي تعليق [البندنيجي أن على الوارث أن يعطى قيمة أقلهم، وبين عبارة الشيخ وما عداها فرق؛ لأن عبارة][(٥)] الشيخ[(٦)] مقتضى أنه إذا عين له أكثرهم قيمة كانت هي الواجبة [له][(٧)]، وعبارة غيره مقتضى أنه إذا دفع إليه[(٨)] قيمة أكثرهم كان متبرعا بالزائد على[(٩)] قيمة أقلهم، قال القاضي الحسين: ولا فرق في ذلك بين أن نقول: إنه يملك يوم الموت أو بالقبول.

وفي الرافعي: أن هذا فيما إذا [قلنا: إنه][(١٠)] ملك بالموت أو بالقبول[(١١)].

أما إذا قلنا: [إنه][(١٢)] لا يملك إلا بالقبول، فإن الوصية تبطل، وهذا احتمال أبداه الإمام، وقال: إنه لم يصر إليه أحد من الأصحاب، والذي أطلقوه الأول، والممكن [فيه][(١٣)]: أنا وإن حكمنا بأن الملك يحصل بالقبول، فللموصى له حق في الموصى به قبل القبول، وآية ذلك أنه يستبد بتملكه، ولا يقدر أحد على إبطال هذا الحق عليه، وليس كحق القبول في البيع والهبة بعد الإيجاب، والحقوق

---

(١) في ج: بالوقف.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: فلا.
(٤) في د: أقلهم.
(٥) سقط في ج.
(٦) زاد في د: ما.
(٧) سقط في ج.
(٨) في د: له.
(٩) في د: عن.
(١٠) سقط في د.
(١١) في ج: بالوقف، وزاد في د: تَبيَّن ملكه بالموت.
(١٢) سقط في د.
(١٣) سقط في د.

اللازمة المالية إذا تعلقت بالأعيان لم يمتنع الانتقال[(١)] إلى أبدالها: كحق المرتهن.

وأطلق في الحاوي حكاية قولين، فيما إذا قتل العبد الموصى به قتلا مضمونا بالقيمة، هل تبطل الوصية أم لا؟ [وقال: إنهما مأخوذان من اختلاف قوليه في العبد المبيع إذا قتل في يد بائعه، هل يبطل البيع بقتله أم لا][(٢)]؟

فأحدهما: تبطل الوصية؛ لأن القيمة لا تكون عبدا، وكما لو قطعت يده [لا يكون][(٣)] أرشها له.

والثاني: لا تبطل؛ لأن الوصية بدل من رقبته فأقيمت مُقامها، وخالفت قيمة رقبته أرش يده؛ لأن اسم العبد ينطلق[(٤)] عليه بعد قطعها؛ فلم يستحق أرش يده؛ لأنه حصل له ما ينطلق عليه اسم العبد، وليس كذلك بعد قتله، ولكن لو قتله السيد، بطلت الوصية به قولا واحدا؛ لأنه لا يضمن قيمة عبده في حق غيره؛ كما لو أوصى له بحنطة فطحنها.

وهذا منه يدل على أن الخلاف في قتله [لا يضمن][(٥)] في حياة الموصي.

ولو ماتوا كلهم من غير تفريط من الوارث، أو قتلوا قتلا لا يوجب الضمان[(٦)]: كما إذا قتله حربى أو سبع - سقط[(٧)] حق الوصية؛ لأنه لا متعلق لها.

فرع: لو أوصى بعتق عبد، فقتل قبل موت الموصي، بطلت الوصية، ولو قتل بعد موته وقبل العتق، قال الماوردي: فقد حكى المزني أن الوصية لا تبطل بموته[(٨)].

ويشترى بقيمته عبد يعتق مكانه، كمن نذر أضحية فأتلفها متلف، قال: ويحتمل أن تبطل الوصية بخروج[(٩)] القيمة عن أن تكون عبدا، بخلاف[(١٠)] نذر الأضحية؛ لاستقرار حكمها، والعبد لا يستقر حكمه إلا بالعتق.

فرع: لو شهد شاهدان: أنه أوصى له بعبده سالم الحبشى، وكان له عبدان حبشيان اسم كل منهما سالم: فإن عينا الموصى به منهما، صحت الشهادة، وإلا

(١) في د: الإنزال.
(٢) سقط في ج.
(٣) في د: لم يكن.
(٤) في د: منطلق.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: ضمانًا.
(٧) في د: يسقط.
(٨) في د: بعتقه.
(٩) في د: لخروج.
(١٠) في د: وخالف.

فوجهان، ذكرهما ابن سريج:

أحدهما: الوصية باطلة؛ للجهل بها.

وعلى وجه الصحة وجهان:

أحدهما: يوقف العبدان إلى أن يصطلح الورثة والموصى له.

والثاني: يرجع إلى بيان الورثة، قاله في البحر.

قال: وإن أوصى برقبة عبد دون منفعته، أعطى الرقبة، أي: خالية عن المنفعة؛ عملا بالأصل[(١)].

قال: [فإن أراد عتقها، أي: تبرعا، جاز؛ لأنها ملكه][(٢)]، ولو أراد عتقها عن الكفارة لم يجز[(٣)].

وفيه وجه: أنها تجزئ.

قال: وعن ابن [القطان وجه: أن عتقها لا ينفذ مطلقا؛ حكاه ابن يونس.

وفي الحاوي حكاية وجه عن أبي الحسين بن][(٤)] القطان فيما إذا أوصى بمنفعته دون رقبته: أن الوارث لا ينفذ عتقه، ثم قال الماوردي: وهذا على الوجه الذي يجعل الرقبة داخلة في ملك الموصى له، وإذا كان هذا مأخذ الوجه لم يحسن[(٥)] جريان مثله في مسألة الكتاب؛ لأن الموصى له ملك الرقبة، والصحيح الأول، وتبقى المنافع على ملك الورثة، ولا يرجع المعتق على المعتق بشيء؛ لأنه لم يفوِّت عليه شيئا، وإنما المفوِّت لذلك الموصي؛ فأشبه ما إذا أجر مورثه [عبدا][(٦)] وأعتقه الوارث؛ فإنه لا يرجع عليه بشيء، بخلاف عتق العبد الذي أجره؛ فإنه يغرم على أحد القولين؛ لأنه المفوت.

وفي تعليق أبي الطيب: أنه إذا أوصى بالمنفعة[(٧)] فأعتق صاحب الرقبة الرقبة، فهل يسقط حق صاحب المنفعة من منفعته ؟ فيه وجهان:

وحكى الرافعي: وجه البطلان عن حكاية أبي الفرج الزاز؛ إذ يبعد أن يكون الحر مستحق المنفعة أبد الدهر.

---

(١) في د: بوصيته.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: يجزئ.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: يجز.
(٦) سقط في ج.
(٧) في د: بمنفعة، وزاد في د: عبد.

وعلى هذا، فهل يرجع الموصى له على المعتق ببدل المنافع ؟ فيه وجهان.

وهذا بعينه يتجه جريانه في مسألتنا.

قال: **وإن أراد بيعها لم يجز؛ لأنها [عين]**(١) **مسلوبة المنفعة؛ فلم يجز بيعها،** كالأعيان التي لا منفعة لها، وهذا الصحيح من المذهب عند القاضي أبي الطيب، وقال: إن به قال أكثر الأصحاب.

وقيل: يجوز؛ لأنه يملكها ملكا تاما، وفيها منفعة الإعتاق، وهذا هو المذهب في تعليق البندنيجي والبحر، وعلى هذا لو كان الموصى بمنفعته غير آدمي فهل يجوز [بيعه](٢)؟ فيه وجهان.

وقيل: إن أراد بيعها من [مالك](٣) **المنفعة، جاز؛ لأنه يتكامل له الرقبة والمنفعة؛ فيكون كبيع ما فيه منفعة.**

وإن أراد بيعها من مالك غيره، لم يجز؛ لأن يد صاحب المنفعة تمنع من تسليمها إلى غيره.

قال الرافعي: وهذا أرجح [على](٤) ما يدل عليه كلام الأئمة.

فرع: هل تجوز كتابة مثل هذا العبد ؟

المذهب في النهاية: لا.

وفيه وجه: أنها تصح؛ اعتمادا على الصدقات.

ولا يجوز للموصى له تزويج الأمة الموصى برقبتها، وكذلك مالك المنفعة، فلو اتفقا على التزويج: جاز؛ قاله ابن الصباغ والقاضي الطبري. وهذا [ما](٥) حكاه في الحاوي وجها، وحكى [معه](٦) وجهين آخرين:

أحدهما: قال في البحر: وهو الصحيح أن لمالك المنفعة تزويجها؛ لأن المهر له.

والثاني: [أن](٧) لمالك الرقبة التزويج.

وقال في التتمة: إن قلنا: يجوز للموصى(٨) له وطؤها، فيجوز له تزويجها،

---

(١) في ج: غير.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في د.
(٨) في د: للوارث.

[وإن قلنا: لا يجوز له وطؤها؛ فلا يجوز له تزويجها][1].

قال: وفي نفقته وجهان:

أحدهما: [أنها][2] **على الموصى له بالرقبة**؛ لأن النفقة[3] على الرقبة؛ فكانت على مالكها، وهذا هو المذهب في تعليق البندنيجي، والأصح في النهاية وبه جزم الفوراني. وقال في البحر: إنه نص عليه في زكاة الفطر.

والثاني: **أنها على مالك المنفعة**؛ لأن المنافع له على التأبيد؛ فكانت عليه النفقة؛ كنفقة الزوجة؛ وهذا قول الإصطخري، واستضعفه الإمام.

وفيه وجه حكاه العراقيون: أنها في كسبه، فإن لم يكن له كسب، ففي بيت المال.

قال الإمام: وما ذكرناه في النفقة يطرد في الكسوة وجميع[4] المؤن اللازمة للمالك في مملوكه.

التفريع:

إن قلنا بوجوب النفقة على مالك الرقبة، فله أن يسقطها بالبيع على رأي، أو بالعتق إن قلنا: إن العتق يبطل حق صاحب المنفعة منها، وتكون نفقته إذ ذاك في كسبه.

وكذا إن قلنا: إن حق صاحب المنفعة لا يسقط منها [بالعتق][5]، تسقط نفقته عنه أيضا بعتقه على المذهب الصحيح، وتكون في [بيت][6] المال.

قال القاضي أبو الطيب في تعليقه: ومن أصحابنا من قال: على هذا له الرجوع على المعتق بأقل[7] الأمرين: من أجرته التي هي قيمة منافعه، أو نفقته، وهذا لا وجه له.

فرع: إذا كان الموصى برقبته أمة، فأتت بولد من نكاح أو زنى، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لمالك المنفعة؛ لأنه من جملة الفوائد؛ كالكسب.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في د: المنفعة.
(٤) في د: وجملة.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) زاد في د: من.

والثاني: أن حكمه حكم الأم.

وفي الحاوي وجه ثالث فيما إذا كانت الرقبة للورثة والمنفعة للموصى له: أن الولد يكون للورثة؛ لأنه غير معهود من كسبها، وأنه تابع لرقبتها، وهذه العلة قد تمنع جريانه في مسألتنا.

[أما][١] المهر: [فقد][٢] [جزم][٣] البندنيجي وغيره من العراقيين والروياني وصاحب التهذيب بأنه لمالك المنفعة، وهو متفق عليه، إذا كان مالك المنفعة الوارث.

فأما إذا كان الموصى له بها، فهو كذلك عند العراقيين، وقال المراوزة: يكون للورثة إذا كانت الرقبة على ملكهم؛ لأن بدل منفعة [البُضع لا تجوز الوصية بها، فبدلها لا يستحق بالوصية.

قال الرافعي: وهذا أشبه][٤]، وبه جزم المتولي.

قلت: ما قالوه منتقض بمهر الموقوفة؛ فإنه مصروف لمالك منفعتها، وهو الموقوف عليه، وإن كان لا يصح وقف منفعة البضع.

ولو كان الوطء بشبهة فحكم المهر ما تقدم، والولد حر، وعليه قيمته.

وفيما يصنع بها الخلاف السابق فيما لو كان الولد رقيقا لمن يكون ؟ ولا خلاف أنه لا يحل لمالك المنفعة دون الرقبة وطؤها، فلو وطئها فلا حد ولا مهر عند الجمهور؛ ومنهم القاضي الحسين.

وقيل: يجب الحد، وهو ما جعله في التتمة المذهب؛ إذا كان عالما بالتحريم وجعل الأول مبنيا على قول من أوجب النفقة عليه؛ فيصير كالنكاح، وإذا كانت المنفعة منتقلة إليه بالوصية يجب عليه المهر على قياس [قول][٥] المراوزة، وعلى الصحيح إذا أتت بولد فهو حر.

وقيل: رقيق.

فإن قلنا بحريته، لم تصر الجارية أم ولد [له][٦]، وقيمة الولد ما حكمها ؟ فيها

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.

الخلاف السابق.

وهل يجوز لمالك الرقبة وطؤها؟

قال العراقيون: لا.

وفصل غيرهم، فقال: إن كانت ممن تحبل، فلا يجوز له الوطء، وإن كانت ممن لا تحبل [جاز، وإلا][١] فوجهان؛ كما في وطء الراهن الجارية المرهونة.

وعكس المتولي [ذلك][٢]، فقال: إن كانت ممن لا تحبل، جاز [الوطء][٣]، وإلا فوجهان؛ فبذلك يجتمع ثلاثة أوجه.

فإن حرمنا الوطء فلا حد للشبهة، ووجب عليه المهر لمالك المنفعة؛ إذا قلنا: هو له، وولده حر، وفيما يصنع بقيمته الخلاف السابق، والجارية أم ولد [له][٤] على المذهب، فتعتق بموته.

وفيه وجه حكاه العراقيون: أنها لا تصير أم ولد [له][٥].

قال: **وإن قتل العبد اشتري بقيمته** - أي: كامل المنفعة - **ما**[٦] **يقوم مقامه**؛ جمعا بين الحقين، وهذا أصح عند الشيخ أبي حامد والروياني والإمام والقاضي الحسين، وهو [اختيار][٧] أبي الحسن الماسرجسي، وشبهه بالعبد الموقوف.

وقيل: قيمته للموصى له بالرقبة؛ لأن القيمة بدل الرقبة.

وفي المسألة وجهان آخران حكاهما الماوردي:

أحدهما: أنها لمالك المنفعة.

والثاني: توزع على الرقبة مسلوبة المنفعة، وعلى المنفعة وحدها. وطريقه: أن يقوم العبد بمنافعه، فإذا قيل: مائة، قوم بدون منفعته، فإذا قيل: عشرة، سلم لمالك المنفعة تسعة أعشار القيمة، ولمالك الرقبة عشرها.

ولو كان الواجب قصاصا، اشتركا فيه على الوجه الأول، واختص باستيفائه مالك الرقبة على الوجه الثاني، وبه جزم الماوردي والرافعي، وكذا الروياني. ثم حكى الأول عن بعض المراوزة.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في التنبيه: عبد.
(٧) سقط في جـ.

قال الماوردي: ولو عفا مالك الرقبة [عن القصاص][1] إلى مال، سقط القصاص، وإن عفا عن القصاص والمال، صح عفوه عن القصاص، وفي صحته عن المال وجهان.

ولو جنى على طرف من أطرافه، فمن الأصحاب من طرد الأوجه في الأرش، وذكر أنه يشتري به على الوجه الأول، ومنهم من قطع بكون الأرش لمالك الرقبة.

قال الرافعي: واتفقوا على ترجيحه، وإن ثبت الخلاف.

وقال صاحب البحر والقاضي الحسين: الصحيح: أن ما يقابل ما نقص من قيمة الرقبة لمالك الرقبة، وما قابل ما نقص من قيمة المنفعة لمالك المنفعة.

فإن لم ينقص الفائت من المنفعة شيئًا، قال الماوردي وابن الصباغ: فالأرش كله لمالك الرقبة.

واعلم أن ما ذكرناه فيما إذا كانت الرقبة موصى بها[2] يجري فيما إذا كانت المنفعة موصى بها خاصة، وهي التي فرض الأصحاب الكلام فيها، ويكون الوارث في هذه الحالة كالموصى له بالرقبة في مسألة الكتاب[3].

وقد حكى الإمام فيما إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤقتة: أن قيمة المقتول تصرف إلى الموصى له بالمنفعة؛ بناء على [أن][4] المعتبر من الثلث قيمة الرقبة بمنفعتها.

فرع: إذا جنى العبد الموصى برقبته أو بمنفعته جناية، نظر: فإن كانت توجب القصاص في النفس واستوفي منه، [بطلت الوصية.

وإن كانت توجبه في اليدين والرجلين واستوفي منه][5].

قال في الحاوي: بطلت الوصية بمنفعته.

وإن كانت جنايته خطأ، تعلقت برقبته، فإن لم يتبرع أحد بفدائه، بيع في الجناية، فإن زاد[6] الثمن على الأرش.

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: به.
(٣) في جـ: الإمام.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: رَدَّ.

قال أبو الفرج السرخسي: يقسم الزائد بينهما [على قدر][١] حقهما.

قال الرافعي: وينبغي أن يجيء فيه الخلاف السابق.

قلت: وينبغي أن يقتصر على بيع قدر أرش الجناية؛ فإن به يحصل الغرض، اللهم إلا ألا[٢] يمكن بيع البعض؛ فيباع الكل.

وإذا فداه مالك الرقبة بقي مالك المنفعة على حقه، وهل لمالك المنفعة بسبب الوصية فداؤه إجبارا كما لمالك الرقبة ذلك ؟ فيه وجهان:

المذكور منهما في الحاوي: أن له [أن يفديه][٣]، ويبقى حق مالك الرقبة فيه[٤]، وهو نظير ما ذكرناه فيما إذا جنى العبد الموهوب من الابن وأراد الأب أن يفديه، بل هاهنا أولى؛ لأن الأب يطلب الفداء؛ ليثبت لنفسه حق الرجوع، والموصى له يطلب حتى لا يفوت حقه، وهذا فيما إذا فدى أحدهما العبد بمنافعه، فلو أراد أحدهما أن يفدي ماله، قال أبو عبد الله الحناطي: يباع نصيب صاحبه.

قال الرافعي: وفيه إشكال؛ لأنه إن فدى مالك الرقبة، فكيف يمكن بيع المنافع وحدها.

وإن فدى صاحب المنفعة، فاستمر حقه؛ فبيع الرقبة يكون على الخلاف السابق[٥].

قال: وإن قال أعطوه شاة، أي من مالي أو من غنمي، وكانت غنمه ذكورا وإناثا، لم يعط ذكرا على المنصوص، أي: في الأم. وإليه أشار في المختصر؛ لأن الشاة في العرف تنصرف إلى الأنثى دون الذكر؛ فحمل لفظ الموصى عليه دون

---

(١) في د: عليهما على نسبة. (٢) في جـ: أن.

(٣) سقط في د، وفي جـ: ذلك.

(٤) قوله: فرع: إذا جنى العبد الموصى برقبته، أو بمنفعته جناية نظر، فإن كانت توجب القصاص... إلى آخره.

ثم قال: وهل لمالك المنفعة بسبب الوصية فداؤه إجبارًا؛ كما أن لمالك الرقبة ذلك؟ فيه وجهان، المذكور منهما في الحاوي: أن له أن يفديه، ويبقى حق مالك الرقبة فيه. انتهى كلامه.

وما نقله -رحمه الله- عن الحاوي من جواز الإجبار على الفداء، ليس كذلك، بل المذكور فيه: إنما هو جواز الفداء، فإنه قال: إذا فداه، فإن الورثة على حقوقهم. [أ و].

(٥) في د: الذي مر.

حقيقته في اللغة.

وقيل: يعطى؛ لأن لفظ الشاة اسم جنس؛ فيتناول الذكر والأنثى؛ ولهذا حمل قوله ﷺ: «فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ شَاةً: شَاةٌ»[١] على الذكر والأنثى، وهذا اختيار ابن أبي هريرة، وبه جزم في التهذيب.

وذكر الحناطي مصير أكثر الأصحاب إليه، [وهو قضية كلام][٢] المتولي، حيث جعل الخلاف كالخلاف في الشاة المخرجة عن خمس من الإبل.

وقال القاضي أبو الطيب في تعليقه: إنه ليس بصحيح.

ويجوز أن يعطى من الضأن والمعز، إلا أن يقول: شاة ينتفع بصوفها؛ فإنه لا يعطى المعز، أو يقول: شاة ينتفع بشعرها؛ فإنه لا يعطى [من][٣] الضأن.

وهكذا الحكم في كل وصية تحتمل أشياء؛ إذا قرن بها ما يدل على أحدها؛ فإنه يتعين ذلك.

ولا يتعين على الوارث إذا قال: أعطوه شاة من مالي، وله أغنام: أن يعطى شاة منها، ويتجه أن يأتي فيه ما حكاه الإمام فيما إذا قال: رأسا من مالي، وكان له رقيق.

فأما[٤] لو قال: [أعطوه][٥] شاة من غنمي، وكانت غنمه كلها إناثا أو ذكورا لم يعط من غيرها.

قال الرافعي: وكان قياس من يقول: اسم الشاة لا يطلق على الذكر، أن تبطل الوصية؛ إذا كانت غنمه كلها ذكورا.

ولو قال: أعطوه شاة من شياهي، ولم يكن له إلا ظباء، فالوصية باطلة على الأصح.

وفيه وجه: أنه يعطى منها؛ لأن ذلك يطلق عليها مجازا، فإنه يقال لها: شِيَاه البَرِّ، وقد انحصر الأمر فيها.

ولا فرق فيما يعطى بين أن يكون صغيرا أو كبيرا؛ نص عليه في المختصر بقوله: أُعطِيَ شاة صغيرة كانت أو كبيرة.

---

(١) تقدم تخريجه وهو ضمن حديث «ولا تؤخذ في الصدقة هرمة ولا ذات عيب».

(٢) في جـ: وإليه أشار.

(٣) سقط في جـ.

(٤) في د: أما.

(٥) سقط في جـ.

قال في البحر: وبعض أصحابنا بخراسان[١] حمل النص على صغير الجثة وكبيرها دون السخلة والعناق؛ لأن الاسم لا يطلق عليها، كاسم البقرة لا يقع على العجلة، وهذا ما صححه الرافعي، وجزم به المتولي.

فرع: لو أراد أن يعطيه عن ذلك ظبية، لم يجز له القبول، قال المتولي: لأنه غير ما أوصى [له][٢] به، ولأن حقه ثابت في ذمة الوارث حتى يأخذ عنه على سبيل الاعتياض.

قال: وإن قال: أعطوه ثورا، لم يعط بقرة، وإن قال: أعطوه جملا، لم يعط ناقة؛ لأن اللفظ موضوع للذكر.

وقيل: في الأولى، يعطى بقرة؛ حكاه ابن يونس.

ولو قال: أعطوه [بقرة][٣] أو ناقة، لم يعط جملا ولا ثورا.

قال في البحر: ومن أصحابنا من خرج وجها: [أنه يعطى][٤]؛ كما قال في الشاة.

وهو جار فيما إذا قال: أعطوه بغلة؛ فإنه يجوز أن يعطى بغلا، وتكون الهاء فيها للتوحيد لا للتأنيث؛ كما يقال: سخلة وسخل، ولا يعطى عند الوصية بالبقر: الجواميس، [بخلاف الشاة التي تطلق على الضأن والمعز، اللهُمَّ إلا أن يقول: من بقري، وليس له إلا الجواميس][٥].

قال[٦] الماوردي: ولو لم يكن له إلا بقر الوحش، فوجهان، كما ذكرنا في الظباء.

قال: وإن قال: أعطوه بعيرا، لم يعط ناقة على المنصوص؛ لما تقدم.

وقيل: يعطى.

وادعى الرافعي أنه الأظهر عند الأصحاب، والقاضي أبو الطيب أنه الذي قال به أصحابنا، وأن أبا علي الطبري قال: إنه الصحيح، ووجهه: أن العرب تقول: حلبت بعيرى، وإنما تحلب الأنثى، وقال أهل اللغة: سمت العرب ذلك على

---

(١) في د: الخراسانيين.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في ج.
(٦) في د: قاله.

ترتيب تسمية الآدميين، فقالوا: الجمل كالرجل، والناقة كالمرأة، والبَكْرَة والقَلُوص كالفتاة، والبَكْر كالفتى من الناس، والبعير بمنزلة الإنسان، والإبل بمنزلة الناس.

والقائلون بالأول تمسكوا بما قاله الأزهري: أن هذا كلام العرب العاربة المحض، ولا يعرفه إلا خواص أهل العلم باللغة، وإذا كان كذلك، فالوجه أنا نجرى حكمها(١) على العرف لا على الأسماء التي تحتمل(٢) المعاني، وما قاله الشافعي - رضي الله عنه - هو المعروف من كلام الناس.

ولو قال: أعطوه رأسا من الإبل أو البقر أو الغنم، جاز الذكر والأنثى؛ قاله في التتمة.

ولا يجوز عند الإيصاء بالإبل أن يعطى فصيلا ولا ابن مخاض؛ لأنها لا تسمى إبلا.

ولو قال: أعطوه عشرا من الإبل، قال بعض أصحابنا: إن أثبت الهاء في العقد لم يعط إلا من الذكور؛ لأن العدد في الذكور بإثبات الهاء، وإن أسقط الهاء في العدد لم يعط إلا من الإناث؛ لأن عددها بإسقاط الهاء.

قال في الحاوي والبحر: وهذا لا وجه له؛ لأن اسم الإبل إذا كان يتناول الذكور والإناث تناولا واحدا، صار العدد فيها محمولا على القدر دون النوع، وبهذا أجاب البندنيجي وابن الصباغ.

قال: وإن قال: أعطوه دابة، دفع إليه فرس أو بغل أو حمار على المنصوص، وهو الأظهر، وبه جزم الفوراني؛ لأن لفظ الدابة وإن كان يطلق لغة على ما دب ودرج، فهو لا يستعمل إلا في هذه الأجناس الثلاثة عرفًا بمصر، وإذا ثبت للفظ عرف [في](٣) موضع، عَمَّ حكمه؛ كما لو حلف: لا يأكل خبزا، حنث بأكل خبز الأرز، [وإن كان في غير طبرستان](٤).

ولو حلف الحضرى لا يدخل بيتا، فدخل بيتا من أدم أو شعر، حنث عند الشافعي - رضي الله عنه - نظرا لهذا المعنى.

وقيل: إن قال هذا في غير مصر، لم يدفع إليه إلا فرسًا؛ لأن في غير مصر

---

(١) في جـ: والوصايا تجري.
(٢) في جـ: لا تحتمل.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: وإن لم يكن بطبرستان.

من البلاد لا يفهم منه إلا الفرس؛ فحملت الوصية على ما يفهمونه، وهذا ما صار إليه أبو إسحاق وابن سريج، وكلام القاضي أبي الطيب يقتضي ترجيحه، فإنه قال ردًّ على الأول بأن العرف لو كان إذا ثبت في موضع لعمّ في سائر المواضع - لوجب أن يثبت عرف سائر البلاد في مصر؛ ولا يدفع [لمن وصى](١) له بدابة إلا الفرس(٢) خاصة، [وليس كذلك](٣).

وأما(٤) الحنث بدخول بيت الشعر والأدم؛ فإنما(٥) لزم لأن عرف الشرع اقترن به؛ فكان أولى من عرف العادة؛ قال الله تعالى: ﴿وَجَعَلَ لَكُمْ مِّن جُلُودِ ٱلْأَنْعَٰمِ بُيُوتًا﴾ [النحل: ٨٠]، وكذلك اسم الخبز هو حقيقة في خبز الأرز كما هو حقيقة في خبز البر لا فرق بينهما.

وقال البندنيجي: إن هذا القول ليس بشيء.

وقيل: [إن قال](٦) ذلك في مصر، لم يعط إلا حمارا؛ لأنهم لا يطلقون اسم الدابة إلا عليه؛ حكاه في البحر.

ومحل الخلاف عند الإطلاق، أما إذا قال: أعطوه دابة تصلح للكر والفر والقتال والنسل؛ [فيحمل على الخيل، ولو قال: دابة تصلح للنسل، حمل على الخيل والحمير، وإن قال: تصلح للحمل](٧)، فتحمل على البغال والحمير، إلا أن يكون قد جرت العادة في تلك البلدة بالحمل على البراذين، فيجوز أن يعطى برذونا.

قال المتولي: حتى لو كان المعهود في تلك البلدة الحمل على الجمال والبقر، يجوز أن يعطى جملا أو بقرة، وناقشه الرافعي في ذلك.

ولا فرق فيما يعطى من ذلك؛ كما قال في البحر بين أن يكون صغيرا أو كبيرا، سمينا أو مهزولا، ذكرا أو أنثى.

وفي التتمة: لا يعطى ما لا يمكن ركوبه؛ لأنه لا يسمى دابة.

قال في البحر والقاضي الحسين [في التعليق](٨): تخير الوارث بين الأنواع

---

(١) في د: إلى من أوصى.
(٢) في د: الخيل.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: وإنما.
(٥) في د: وإنما.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في د.

الثلاثة - على المنصوص، محمول على ما إذا كانت في ملكه، أما إذا لم يكن في ملكه إلا نوعان، دفع إليه أحدهما، وكذا إذا لم يكن في ملكه إلا نوع واحد دفع إليه منه، وما قالا لعله محمول على ما إذا قال: دابة من دوابِّي، كما قاله في الحاوي، أما إذا أطلق، أو قال: من مالي، كما هو لفظ المختصر - فقياس(١) ما ذكرناه فيما إذا قال: أعطوه رأسا من مالي، أنه لا يتعين، ولا خلاف أنه لا يعطى مع ذلك سرج ولا إكاف ولا لجام.

وكذا لو(٢) أوصى له بعبد، لم يجب على الورثة تسليم ثيابه، وإنما يجب على الموصى له أن يستره بثوب من عنده. [قال: وإن قال: أعطوه كلبا من كلابي، وله ثلاثة أكلب، دفع إليه أحدهم؛ أي: إذا كانت مما ينتفع بها؛ لما ذكرنا من قبل؛ ويجوز للوارث أن يعطيه ما شاء منها، وإن اختلفت منافعها، اللهم إلا أن يكون الموصى له صائدًا أو له ماشية، أو زرع، وفي الكلاب ما يصلح لذلك؛ فإنه يجب أن يعطى ذلك على وجه](٣).

قال: وإن كان له كلب واحد دفع إليه ثلثه؛ أي: إذا لم تجز الورثة؛ ليحصل للورثة مِثْلَا ما حصل للموصى له.

قال القاضي أبو الطيب: فينتفع به الموصى له يوما، والورثة يومين.

ثم ظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون للموصى له مال غيره أو لا، وهو وجه للإصطخري؛ لأنه لا يمكن اعتباره من ثلث المال، ولا قيمة له؛ فاعتبر بنفسه.

ومنهم من خص ذلك بما إذا لم يكن له مالٌ غيره.

[أما إذا كان له مال غيره](٤) فيدفع إليه جميعه؛ لأن أقل المال خير من الكلب، وهذا اختيار ابن أبي هريرة، وأبى على [الطبري](٥) وبه جزم القاضي الحسين والفوراني، وقال: إن الدانق خير من الكلب.

وقد حكينا عن المتولي [من قبل](٦) حكاية وجه فيما إذا قال: أعطوه رأسا من

---

(١) في د: وقياس.
(٢) في د: إذا.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ج.

رقيقي ولم يكن له إلا رقيق[١] واحد أن الوصية باطلة، وذلك الوجه يتجه جريانه هنا.

فرع: لو كان [له][٢] ثلاثة كلاب ولا شيء له غيرها؛ فأوصى بها لرجل، وردت الوصية إلى ثلثها، ففي الكيفية ثلاثة أوجه:

أحدها: قاله أبو إسحاق: يعتبر العدد؛ فيدفع إليه واحد، وإلى الورثة اثنان بالتراضي، فإن [لم يتفقوا على][٣] التعيين، أقرع.

وحكى [في البحر][٤] عن القاضي أبي الطيب أنه قال: ما ذكر من القرعة لا يصح؛ لأن الخيار إلى الورثة في إعطاء أي كلب شاءوه.

والثاني: أنه يستحق من كل كلب ثلثه.

والثالث - وهو اختيار ابن أبي أحمد ابن صاحب التلخيص-: يقدر أنها لو كانت متقومة، [كم][٥] كانت قيمة كل واحد؛ فيراعى استخراج الثلث على هذا الاعتبار.

وفيه وجه رابع: اختاره بعض مشايخ خراسان: أنه يعتبر فيها قيمة منافعها؛ لأنه يصح إجارتها على الصحيح من المذهب؛ كذا حكاه في البحر، وإن كان للموصي[٦] مال غير الكلاب، فنفاذ الوصية في جميع الكلاب أو ثلثها يخرج على الخلاف السابق.

فرع: إذا أوصى بثلث ماله لزيد، و[بكلابه الثلاثة][٧] لعمرو، فالوصية بثلث المال صحيحة، وأما الوصية بالكلاب، فعلى قول الإصطخري تلزم في الثلث.

قال القاضي أبو الطيب: وعلى قول غيره، يدفع للموصى له الكلاب الثلاثة؛ لأن ما حصل للورثة من ثلثي المال خير من ضعف الكلاب، واستبعده ابن الصباغ؛ لأن ما يحصل[٨] للوارث من الثلثين[٩] هو حصتهم مما نفذت فيه الوصية، وهو الثلث؛ فلا يجوز أن يحسب عليهم مرة أخرى في الوصية بالكلاب.

قال: **وإن قال: أعطوه كلبا، ولا كلب له، بطلت الوصية**؛ لأنه لا يمكن أن

---

(١) في د: رأس.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: اختلفوا في.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) زاد في جـ: له.
(٧) في جـ: وثلث ماله.
(٨) في د: يأخذه.
(٩) في جـ: الثلث.

يشتري له، بخلاف ما لو قال: أعطوه عبدا[(١)].

قال: **وإن قال** [أعطوه][(٢)] **طبلا**، أي من طبولي، وليس له إلا طبل لهو، وهي التي تعرف بالكوبة: طبل المخنثين، ضيق الوسط واسع الطرفين.

قال: **أو عودا أو مزمارا فإن كان ما يصلح منه للّهو يصلح لمنفعة مباحة**؛ أي: من غير زوال، [ما سمي][(٣)] في الوصية عنه - دفع إليه؛ لأنه وصى بما يمكن الانتفاع به.

وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة إلا بزوال اسم ما نطق به في الوصية - لم يصح؛ لأنه على تلك الهيئة لا منفعة فيه، وعلى غيرها لم تتناوله الوصية؛ كذا أطلقه الجمهور، ومنهم القاضي الحسين، والشيخ في المهذب، ووافق الإمام على ذلك في مسألة الطبل إذا لم يكن من شيء نفيس.

وقال فيما إذا كان من شيء نفيس، كذهب أو عود: إن الوصية تنزل عليه، وكان أوصى برضاضٍ إذا كسر، والوصية قابلة للتعليق، وقياس هذا أن يطلق[(٤)] في باقي الصور، وفي الحاوي في مسألة العود: إذا كان لا يصلح لغير اللهو إلا بعد تفصيله وتخليعه، فصل ودفع إليه.

وقال: إن الكلام في المزمار كذلك، وقياسه: أن يطرد في الطبل أيضا، وحينئذ يجتمع من مجموع ما نقلناه ثلاثة أوجه؛ كما [هي مذكورة][(٥)] في البيع.

أما إذا لم يقل عند الوصية: بطبل[(٦)] من طبولي، بل أطلق لفظ الإعطاء، أعطي طبل حرب، وهي التي تضرب للتهويل، أو طبل لهو تصلح لمنفعة مباحة.

ولو قال: من طبولي، وله طبول حرب لا غير، أعطي واحدا منها، وكذا ما هو في معناه كما سنذكره.

وإن كان [له][(٧)] طبول لهو وحرب، أعطي طبل حرب، إذا لم يكن في طبول اللهو ما يصلح لمنفعة مباحة، ويقدر كأنه لم يكن سواها، وإن كان فيها ما يصلح [لمنفعة مباحة][(٨)] تخير الوارث بين أن يعطيه ذلك أو يعطيه طبل حرب [منها][(٩)]؛ صرح به الماوردي، والقاضي أبو الطيب، والبندنيجي، وغيرهم،

---

(١) في ج: دارًا.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: اسم.
(٤) في د: يطرد.
(٥) في ج: نذكره.
(٦) في د: بالطبل.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في ج.

وكذلك الفوراني، وقال: إن كان في طبوله طبل حرب وطبل العطار، وهو[(١)] الذي يوضع فيه العطر، [كالسَّفَطِ][(٢)]: يخير الوارث في إعطاء أحدها.

قال الرافعي والمتولي: وكذلك إذا كان فيها طبل الحجيج والقوافل، وهو الذي يضرب؛ لإعلام النزول والارتحال.

قال القاضي الحسين: وكذلك طبل البان.

وعند الإطلاق للوارث أن يشتري أحدها ويدفعه إليه.

ثم إذا صحت الوصية بالطبل، قال الشافعي - رضي الله عنه-: فإن لم يقع اسم الطبل عليه إلا وجلده عليه، لم يجز أن يعطيه إلا وجلده عليه، بخلاف العود إذا صحت الوصية به؛ فإنه لا يعطى الوتر؛ لأن اسم العود يقع عليه بغير وتر؛ كذا حكاه البندنيجي عنه، ثم قال: ومن أصحابنا من قال: العلة غير هذا، وهو أن الوتر لا يصلح لغير الضرب.

وكما لا يعطيه [الوتر؛ لا يعطيه][(٣)] ما عداه مما هو من توابعه؛ كالملاوي التي يكون عليها الأوتار، والمضارب، والحمار وهو: الخشبة التي يركب الوتر عليها ويحز فيها مواضع الوتر.

وكذا لا يعطى عند صحة الوصية بالمزمار المجمع، وهو الأبيض الذي يجعله الزامر بين شفتيه ويزمر به.

ثم لا فرق فيما ذكره الشيخ في الوصية بالعود[(٤)] بين أن يطلق أو يقول: من عيداني، وليس له إلا عود لهو، أو له عود لهو وعود بناء، وهو الذي لا يصلح إلا للبناء، وعود قسي ونبال، وهو الواحد من الخشب، الذي يصلح لأن يتخذ منه القسي أو النبال؛ لأن المفهوم من العود عند الإطلاق الذي يضرب به.

وأطلق في التتمة فيما إذا قال: أعطوه عودا، ولا عود له: أنه يشتري له ما لو كان موجودا في ماله أمكن تنفيذ الوصية بالعود فيه، وعن بعض العراقيين من أصحابنا: أنه كالوصية بالطبل على التفصيل الذي ذكرناه.

قال الرافعي: وللقائل به أن يقول للأولين: إذا كان الاستعمال في عود اللهو

---

(١) زاد في د: السقط.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج.
(٤) في د: في العوى.

أظهر، وجب أن يصرفوا [قوله:][1] أعطوه عودا من عيداني، وليس له إلا عود بناء وقسي - إلى عود اللهو، وتلغو الوصية، وقد قلتم بالصحة.

قال: **وإن قال: أعطوه قوسا، دفع إليه قوس ندف أو قوس رمي**؛ لأن اسم القوس يطلق عليهما، **إلا أن يقرن به ما يدل على أحدهما؛ فيحمل عليه؛ للقرينة.**

ثم قوس الرمي [الذي][2] يطلق على قوس النبل، [وهو قوس العرب، وعلى قوس النشاب][3]، وهو الذي يرمى بالسهام، وعلى قوس الحسبان، وهو الذي يرمى بالسهام أيضا، لكن سهامه صغار لا يراها الإنسان حتى تقع فيه، وهما للعجم، وعلى قوس الجلاهق، وهو قوس البندق، ثم ما ذكره الشيخ هو ما حكاه البندنيجي عن أبي إسحاق المروزي، حيث قال: إن اسم القوس يطلق على الأنواع الثلاثة، ما لم يكن في كلامه ما يدل على أحد الأنواع الثلاثة، وعنى بالأنواع: الجلاهق، والندف، وما عداها[4].

ثم قال: فإن كان في كلامه ما يدل على نوع منها، أعطي[5] ما دلت القرينة عليه، فإن قال: قوسا يرمى عنها، أعطي من الثلاث؛ يعني: قوس النبال، وقوس السهام الكبار، والصغار، وإن قال: يندف بها، أعطي قوس ندف.

والجمهور على أنه عند الإطلاق يدفع إليه قوس النبال أو النشاب، أو الحسبان؛ كما يراه الوارث؛ لأنه السابق إلى الفهم، ولا يعطى الجلاهق وقوس الندف.

وهذا ما جرى عليه في المهذب، وهو ظاهر النص في المختصر.

قال الإمام: وقوس النداف إنما سمي قوسا؛ لكونه شبيها بالقسيِّ؛ لمكان أوتارها، لا يوضع الاسم عليه، وكذا [قوس][6] الجلاهق، هكذا ذكره الشافعي - رضي الله عنه - وأطبق عليه الأئمة.

ولو جرت الوصية في ناحية لا يعرف فيها إلا نوع واحد من هذه الأنواع، فهذا يخرج على التردد، والمذكور في الوصية بالدابة.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: عداهما.
(٥) في د: أعطاه.
(٦) سقط في ج.

فرع: إذا قال: أعطوه أي قوس الرماة شئتم انطلق على ما ذكرناه، ولو قال: أعطوه أي قوس يقع عليه اسم قوس، قال في الأم: كان لهم أن يعطوه ما يقع عليه الاسم، سواء كان قوس نداف أو غيره، ولو قال: أعطوه قوسا من قسي، وليس له إلا جلاهق وقسي نداف.

قال البندنيجي: أعطى أيها شاء الوارث، وجزم الماوردي والمصنف والرافعي: أنه يعطى في هذه الحالة الجلاهق؛ لأنها أخص بالاسم.

واعلم أنه يجب إعطاء الموصى له القوس معمولة يمكن الرمي عنها، فلو بذلها الوارث قبل الفراغ منها، لم يجبر على قبولها، وهل يجب له الوتر ؟ حكى العراقيون فيه وجهين، أصحهما وبه جزم الماوردي: لا؛ لخروجه عن مسمى القوس.

وذكر الإمام عنهم حكاية الخلاف، فيما إذا أوصى بقوس وكان عليها الوتر، أو أوصى بقوس من قسى كلها موتورة[(١)]، ثم قال: أما إذا لم يكن على القسي أوتار، وقال: اشتروا قوسا وسلموها إليه - فلا يجوز أن يتخيل خلاف في أنه لا يجب ضم وتر إلى القوس الموصى بها، وإن ما ذكر[(٢)] من الخلاف في دخول الوتر تحت الوصية بالقوس، يجب طرده في بيع القوس الموتورة.

قال: وإن أوصى بأن يحج عنه، أي: حجة الإسلام، فإن كان من رأس المال، أي: إما بتصريحه، أو بحملنا[(٣)] الوصية عليه - حج عنه من الميقات؛ لأنه الواجب عليه في حياته بالشرع.

قال: وإن كان[(٤)] من الثلث، أي: إما بتصريحه [به][(٥)] أو بحملنا[(٦)] الوصية عليه، فقد قيل: يحج عنه من الميقات، كما لو جعله من رأس المال، وهذا ما ادعى القاضي الحسين أنه الذي عليه [عامة][(٧)] الأصحاب في الصورتين، والشيخ في المهذب في الصورة الأولى، وفي الثانية [يكون ذلك][(٨)] من طريق الأولى.

وفي المسألة وجه آخر: حكاه الماوردي: أنه يحج عنه من بلده؛ لأنه كان الواجب في الأصل هكذا لقوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦] قال

---

(١) في د: موترة.
(٢) في د: ذكروه.
(٣) في ج: عملًا.
(٤) في د: أوصى.
(٥) سقط في ج.
(٦) في د: لحملنا.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في ج.

عمر وعلى وابن عباس - رضي الله عنهم- كما حكاه القاضي أبو الطيب: إتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك. ثم رخص النبي ﷺ[١] في ذلك، فإذا أوصى به عاد إلى الأصل.

قال: **وقيل: إن كان قد صرح بأنه من الثلث حج [عنه][٢] من بلده**؛ لما ذكرناه.

وإن لم يصرح[٣] حج عنه من الميقات؛ لأن المؤنة تكون من رأس المال، وهذا قول أبي إسحاق المروزي؛ لأن من مذهبه عند تقييد الوصية بالثلث: أن يحج عنه من بلده، وعند الإطلاق [أن][٤] يكون من رأس المال جزما؛ فيكون من الميقات.

قال الماوردي: وما قاله أبو إسحاق عند التصريح بأنه من الثلث، وهو الظاهر من كلام الشافعي، رضي الله عنه.

فإن قلت: لا يحسن أن يحمل [قول][٥] الشيخ: وإن لم يصرح حج عنه من الميقات، على ما ذكرت؛ لأن الشيخ فرع على ما[٦] إذا كان الحج من الثلث وهذا يؤدي إلى التفريع على أنه من رأس المال.

قلت[٧]: الشيخ ذكر أولا: ما إذا كان الحج من رأس المال، وفرع عليه، وذكر ثانيا: ما إذا كان الحج من الثلث وفرع عليه، ونهاية التفريع [قوله][٨] فقد قيل: يحج عنه من الميقات، وأشار إلى قول من ذهب إلى أنه يحج عنه من بلده كما ذكرنا، وهو خلاف ما عليه الأكثر، ثم عاد وذكر قول أبي إسحاق في الحالتين، ولا بدع في ذلك، وهو أولى من أن يحمل على شيء لم يقل به غيره، نعم حكى القاضي أبو الطيب عن أبي إسحاق، زيادة [على][٩] ما ذكرته، وهو أنه عند إطلاق الوصية تكون مؤنة الحج من بلده إلى الميقات من الثلث، وباقي المؤنة من رأس المال، وهذا ما حكيته عن أبي علي بن خيران في تقدير النصين، وقد رأيت في تعليق القاضي الحسين، عند الكلام في وجوب الحط عن المكاتب، أن

(١) تقدم.
(٢) سقط في د.
(٣) زاد في د: بأنه.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في ج.
(٦) زاد في د: ذكر.
(٧) في ج: قال.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في ج.

المزني قال بمثل ذلك فيما إذا أوصى بأن[(١)] يحج عنه من بلده.

وحكى في الإبانة فيما إذا أوصى بأن يحج عنه حجة الإسلام من بلده، وكان ثلث ماله يفى بمؤنة الحج من بلده إلى الميقات بعد إخراج مؤنة الحج [من الميقات][(٢)] - وجهين كالوجهين فيما إذا أوصى بأن يعتق عنه في كفارة اليمين، وكان ثلث ماله بعد إخراج الطعام أو الكسوة يفي بذلك:

أحدهما: تبطل الوصية.

وأصحهما: أنه يعتق عنه كسائر أنواع التبرعات، ويحج عنه من بلده:

فروع: [(٣)]

إذا أوصى بحج التطوع وجوزناه، فإنه محسوب من الثلث،ويحج عنه من الميقات، أو من بلده إن قيد، وإن أطلق فوجهان:

أحدهما: من الميقات؛ حملا على أقل الدرجات.

والثاني: من بلده؛ لأن الغالب التجهز من البلد، وهذا ما جزم به الماوردي، ونص عليه الشافعي - رضي الله عنه - في عيون المسائل، حيث قال: إذا أوصى بأن[(٤)] يحج عنه متطوعا، فبلغ ثلثه الحج [من بلده - حج][(٥)] عنه من بلده.

وإن لم يبلغ، حج عنه من حيث بلغ، قال الماوردي: فإن لم يوجد من يحج عنه من الميقات، ولا فوقه بطلت الوصية وعادت ميراثا.

وميل الأكثرين إلى الأول، وربما حملوا النص على ما إذا قيد به، إذا قال: أحجوا عنى بثلثي، صرف ثلثه إلى ما يمكن من حجتين وثلاث فصاعدا، فإن فضل ما لا يمكن أن يحج به فهو للورثة، وإن لم يُوف ثلثه بحجةٍ، بطلت الوصية.

وكذلك إذا قال: أحجوا عني من ثلثي بمائة، فلم يوجد من يحج بها.

[بطلت الوصية، وعادت ميراثا، قال الماوردي: ولا تعود إلى الثلث، وفي الإبانة حكاية قول: أنها][(٦)] لا تبطل ويتصدق بها عنه، حكاه الإمام [عند

---

(١) في د: بأنه.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في د: فرع.
(٤) في د: أن.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في د.

الكلام][1] فيما إذا أوصى أن يشتري بثلثه رقاب وتعتق عنه، ولو قال: أحجوا عنى بثلثي حجة، صرف إلى حجة واحدة. قال في الحاوي: ولا فرق بين أن يسمي من يحج عنه أولا، ثم إن كان الثلث قدر أجرة المثل أو دونها، جاز أن يعطى ذلك للوارث وغيره، وإن كان أكثر من أجرة المثل، لم يستأجر به إلا[2] أجنبي؛ لأن الزيادة محاباة فلا تجوز للوارث، وحكى في الإبانة: أنه إذا لم يعين أحدا وجهين.

[أحدهما][3]: لا يحج عنه إلا بأجرة المثل والزيادة للورثة.

والثاني: الصحة، وتكون الزيادة لشخص موصوف بصفة، وهي: أن يحج عنه ذلك الشخص.

وعن القفال أنه قال: وقعت مسألة اختلف فيها فتوى مشايخنا، وهي أن رجلًا أوصى بأن يشتري عشرة أقفزةٍ حنطةً بمائة درهم، ويتصدق بها، فوجدت عشرة أقفزة من أجود حنطة بما دونها.

فمنهم من أجاز أن الزيادة ترد إلى الورثة.

ومنهم من قال: هي وصية لبائع الحنطة.

ومنهم من قال: يشتري بالزيادة حنطة بهذا السعر ويتصدق بها، وهذا الوجه لا يتصور في الحج.

ولو أوصى بأن يحج زيد عنه بألف؛ نظر فإن كان الألف قدر أجرة المثل أعطيت له، سواء كان وارثا أو غير وارث.

وكذلك إن كان أقل، وإن كان الألف أكثر من أجرة المثل: فإن كان الموصى له أجنبيًّا أعطيت له. وإن كان وارثا، فالزيادة على أجرة المثل وصية لوارث، فإن رضي بقدر أجرة المثل[4] دفع إليه، وردت الزيادة للورثة، وإن لم يرض إلا بالألف [كله][5] استؤجر غيره بأجرة المثل، كما لو امتنع الأجنبي من الحج؛ فإنه يستأجر عنه بأجرة المثل، ويعود الفاضل ميراثا، وكذا إذا رغب متطوع بغير جعل جاز، ولا يجوز استئجار المعين، وهذا إذا كان الحج فرضا، فإن كان الحج تطوعا، وامتنع المعين من الحج، فهل يجوز أن يحج عنه غيره ؟ فيه وجهان في

---

(١) سقط في جـ.
(٢) زاد في جـ: من.
(٣) سقط في جـ.
(٤) زاد في د: من الألف.
(٥) سقط في جـ.

الإبانة، والماوردي أطلق الجواز.

فرع: إذا[1] [استأجر][2] الوصي أو الوارث زيدا المعين على الحج بخمسمائة، وهو غير وارث، ولم يعلم [المستأجر][3] بالوصية، فما الحكم؟

هذه المسألة لم أقف فيها على نقل، لكن في الحاوي ما يمكن أن يخرج عليه، وهو [ما][4] إذا أوصى بشراء عبد [زيد][5] بألف ويعتقه عنه، فاشتراه الموصي بخمسمائة، وأعتقه عنه والبائع غير عالم بالوصية، فإن [كان][6] العبد يساوي ألفا، فيعود الباقي من ثمنه إلى الورثة، وإن كان يساوي خمسمائة، عاد الباقي إلى زيد البائع؛ لأنها وصية له، وإن كان يساوي سبعمائة فالوصية بثلاثمائة فتدفع إلى البائع، وترد المائتان إلى الورثة ميراثا.

قال: **وإن قال: أعطوه جزءًا من مالي، أو سهما من مالي، أعْطي أقل جزء؛** لأن ذلك لا حد له في اللغة، ولا في الشرع، فأجزأ الأقل؛ لأنه المحقق.

وهكذا لو قال: أعطوه قسطا من مالي، أو نصيبا من مالي، أو حظًّا من مالي، أو قليلا أو كثيرا من مالي.

وعن ابن سريج، إبداء احتمال فيما إذا قال: أعطوه سهما من مالي، أنه يعطى [أقل][7] الأمرين من نصيب أحد الورثة أو الثلث، كما رواه أبو الفرج الزاز، وعلى المذهب: المرجع إلى تعيين الوارث.

فإن ادعى الموصى له أن الموصي أراد شيئا مقدرا، وأن الوارث يعرفه، حلف الوارث - إن أنكر - على نفي العلم بإرادة الزيادة؛ كما ذكره الأستاذ أبو منصور، والحناطي، والمسعودي، وغيرهم.

وإن لم يدع علم الوارث به، لم تسمع الدعوى.

قال القاضي الحسين: لأنه لو أقر بجهالته سقطت الدعوى.

وفي التهذيب: أنه لا يتعرض - للإرادة، وإنما يحلف: إنه لا يعلم استحقاقه الزيادة.

ولو ادعى الوارث أن عنده بيان ما أوصى به مورثه، ولم يبين، قال في البحر:

---

(١) في د: لو.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في ج.

فيه وجهان بناء على القولين: إذا أقر بمجمل ولم يبين:

أحدهما: يحبس حتى يبين.

والثاني: يرجع إلى بيان الموصى له.

فرع: لو قال: أعطوه ثلث مالي إلا شيئا، فللوارث أن يعطيه أقل ما يتموَّل.

وعن الأستاذ أبي منصور: أن هذه الوصية وصية بنصف الثلث وشيء، وكذا لو قال: أعطوه ثلث مالي إلا قليلا؛ والمشهور الأول.

قال: وإن قال: أعطوه مثل نصيب أحد وُرَّاثي، أعطي مثل نصيب أقلهم؛ لأنه نصيب، وهو محقق، والزائد مشكوك فيه.

مثال ذلك: إذا كان له ابنان وبنت، أعطي مثل نصيب بنت، فيجعل كأن للميت ابنان وبنتان، فتكون المسألة من ستة: للموصى له: سهم، وللبنت: سهم، ولكل [واحد من الابنين][1] سهمان.

ولو كان له بنت، وبنت ابن، وأخت، أعطي مثل نصيب بنت الابن، وهو: سدس؛ [فتكون المسألة][2] من ستة، وتعول[3] إلى سبعة: للبنت: ثلاثة، ولبنت الابن: سهم، وللأخت: سهمان، وللموصى له: سهم.

ولو كان معهن زوجة، أعطي مثل نصيبها، وتكون المسألة من أربعة وعشرين، وينضاف إليها نصيب زوجة وهو: ثلاثة، تبلغ سبعة وعشرين: للبنت: اثنا عشر، ولبنت الابن: أربعة، وللزوجة: ثلاثة، وللأخت: خمسة، وللموصى له: ثلاثة، فلو كانت الزوجات أربعة، أعطي مثل نصيب واحدة منهن، فالمسألة من أربعة وعشرين، وتصح من ستة وتسعين، [ينضاف إليها مثل نصيب زوجة - وهو: ثلاثة - تبلغ تسعة وتسعين][4]: للبنت: ثمانية وأربعون، ولبنت الابن: ستة عشر، وللأخت: عشرون، وللزوجات: اثنا عشر: لكل واحدة منهن ثلاثة، وللموصى له: ثلاثة، وعلى هذا فَقِسْ.

وقال البندنيجي في هذه الصورة: إننا ننظر إلى عدد، لثُمُنِه ربعٌ صحيح، وأقله

---

(١) في د: ذَكَر.
(٢) في د: فالمسألة.
(٣) في د: وتبلغ.
(٤) سقط في د.

اثنان وثلاثون، فنجعل المسألة منه، ويُضَمُّ إليه[1] مثل نصيب زوجة وهو: سهم، يبلغ ثلاثة وثلاثين، فيعطى الموصى له سهما منها، انتهى.

وما قاله لا يصحح المسألة؛ لأن نصيب بنت الابن يبقى منكسرا، وهو من مخرج السدس، وبينه وبين الاثنين والثلاثين موافقة بالنصف، فنحتاج لضرب ثلاثة في ثلاثة وثلاثين، تبلغ تسعة وتسعين، ومنها تصح كما ذكرناه.

وطريق التصحيح في مسألة الكتاب: أن نصحح مسألة[2] الميراث بضرب وغير ضرب، وعول وغير عول، ثم ننظر إلى أقل نصيب، فنزيد على فريضة الميراث ذلك القدر.

وهكذا يفعل فيما إذا [أوصى][3] بمثل نصيب واحد معين.

ولو كان في مسألتنا أنصباء الورثة متساوية، مثل: إن خلف ثلاثة أولاد:

فلكل ابن ثلث، فتعول المسألة بالثلث، ويقسم المال عليها؛ فيعطى الموصى له الربع؛ لأنا نجعله بمنزلة ولد رابع.

وإن كان للميت أربعة أولاد، فلكل ابن ربع، فيجعل الموصى له بمنزلة ولد خامس؛ فيعطى الخمس.

ولو كانت المسألة بحالها، وأوصى له بمثل نصيب ابن خامس لو كان - أعطى السدس، ويقسم الباقي بين الأولاد الأربعة.

وعن أبي إسحاق: أنه يعطى الخمس، ويقدر الموصى له كأنه الابن الخامس، وهكذا في كل صورة من هذا النوع يفعل.

فرع: لو كان له ابن وبنت، فوصى لواحد بمثل نصيب الابن، ولآخر بمثل نصيب البنت، فإن أراد بمثل نصيب البنت قبل دخول الوصية [عليها][4]، كان للموصى له بمثل نصيبها الربع؛ فتكون الوصية حينئذ بالخُمُسين والربع.

وإن أراد بمثل نصيبها بعد دخول الوصية عليها، كانت الوصية له بالسدس؛ فتصير الوصيتان بخمسى المال وسدسه[5]، وتوقف على إجازتهم.

---

(١) في د: إليها.
(٢) زاد في د: فريضة الميراث.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) في د: أو سدسه.

قال: **فإن قال: أعطوه مثل نصيب ابني، ولا وارث له غيره، كانت الوصية بالنصف**؛ لأن الوصية بمثل نصيب الابن تقتضي أن يكون النصيبان مثلين؛ فيلزم التسوية، ولأن الابن يأخذ الكل لولا الوصية، فإذا نزل الموصى له منزلته، فقد أثبت له الكل أيضا، والمبلغ إذا عال بمثله، كان الزائد مثل المزيد عليه.

ولو قال: بمثل نصيب ابنى، وابنه غير وارث؛ لرق أو غيره - فالوصية باطلة؛ لأنه لا نصيب للابن.

ولو قال: بمثل نصيب ابنى، وله ابن وبنت، فإن أجازا، قسمت التركة على خمسة: للابن سهمان، وللموصى له سهمان، وللبنت سهم.

وإن ردا، أعطى الثلث، فيقسم المال على تسعة: للموصى له ثلاثة، وللابن أربعة، وللبنت سهمان.

وإن أجاز أحدهما، ومنع الآخر، فسيأتي الكلام في طريق تصحيح ذلك.

وقد نقل المزني فيما إذا قال: أوصيت بمثل نصيب ابنى، ولا وارث له غيره - فله النصف، إلا أن يجيز الوارث ذلك.

قال البندنيجي: وهو سهو في النقل والفقه.

وإن[(١)] قال: بمثل نصيب ابني لو لم أوص لأحد، كانت الوصية بكل المال؛ قاله البندنيجي.

فرع: إذا كانت[(٢)] له بنت، وأخت لأب، أو شقيقة، فأوصى له بمثل نصيب البنت، قال في البحر: ففي قدر ما يستحق الموصى له، وجهان:

أحدهما: الربع، نصف حصة البنت؛ لأنه لَمَّا استحق مع الابن الواحد إذا أوصى له بمثل نصيبه النصفَ؛ لأنه نصف نصيب الابن - وجب أن يستحق مع البنت الواحدة نصف نصيبها، وهو الربع.

والثاني - وهو الأصح وبه جزم الرافعي-: أن له الثلث؛ لأنه يصير مع البنت الواحدة كبنت ثانية؛ كما يصير مع الابن [الواحد][(٣)] كابن ثانٍ، وللواحدة من البنتين الثلث؛ كذلك للموصى له بمثل نصيب البنت الواحدة: الثلث، وهذا[(٤)] لو

---

(١) في د: ولو.
(٢) في د: كان.
(٣) سقط في ج.
(٤) في د: وهكذا.

لم يرث مع البنت أو الأخت غيرهما؛ لأن لكل واحدة الانفراد بالنصف، والباقي لبيت المال.

قال الروياني: وعلى هذا، لو أوصى بمثل نصيب أخ لأم، فله في أحد الوجهين: [نصف][١] السدس، وفي الآخر: السدس، ومقتضى هذا التعليل: أنه لو أوصى بمثل نصيب ابنته وله بنتان، أن يعطى ثلث الثلثين؛ لأنه لو كان له ثلاث [بنات][٢]، لكان لكل منهن ثلث الثلثين.

لكن الرافعي جعل المأخذ فيما إذا أوصى [بمثل نصيب ابنته ولا ابنة له سواها: أن المسألة من اثنين لو لم يكن][٣] وصية، فنزيد على الاثنين سهما، ونعطيه سهمًا من ثلاثة.

وأنه إذا أوصى بمثل نصيب ابنته وله ابنتان[٤]، فالوصية بالربع؛ لأن المسألة من ثلاثة لولا الوصية: لكل من البنتين سهم، فنزيد للموصى له سهما تبلغ أربعة.

وأنه لو أوصى بمثل نصيبهما معا، فالوصية بخمسى المال لأنها من ثلاثة، ولهما سهمان [من الثلاثة][٥] فنزيد على الثلاثة سهمين تبلغ خمسة.

ولو أوصى [بمثل][٦] نصيب ابنته وله ثلاث بنات، فالوصية بسهمين[٧] من أحد عشر سهما؛ لأن المسألة تصح من تسعة لولا الوصية، ونصيب كل بنت منهن سهمان؛ فنزيد على التسعة سهمين تكون أحد عشر.

وعلى هذا [أبدًا، وهذا مقتضى][٨] الضابط الذي ذكرناه من قبل.

قال: وإن قال: **أعطوه ضعف نصيب ابني، [ولا وارث له غيره،][٩] كانت الوصية بالثلثين**؛ لأن الضعف عبارة عن الشيء ومثله، كما قاله الفراء وأكثر أهل اللغة، ويعضده ما روى أن عمر - رضي الله عنه - صالح نصارى [بني][١٠] تغلب وتنوخ وبهراء، على أن يأخذ منهم الجزية باسم الصدقة، وأن يضاعف الجزية؛ فكان يأخذ منهم مثلى ما يأخذ من المسلمين، من كل مائتين: عشرة دراهم، ومن كل عشرين: دينارا: [دينارا][١١].

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: بنتان.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في د: سهم.
(٨) سقط في جـ.
(٩) سقط في التنبيه.
(١٠) سقط في د.
(١١) سقط في جـ.

ويقال: أضعفت الثوب: إذا طويته باثنين.

قال: وإن قال: [أعطوه][(١)] **ضعفي نصيب ابني، كانت الوصية بثلاثة أرباعه؛** لأن الضعف إذا كان عبارة عن الشيء ومثله، كان الضعفان عبارة عن الشيء ومثليه؛ لأن الضعف ليس شيئا مستقلا بنفسه؛ فلا يكون اسما لمنقول معلوم، وإنما هو من أسماء الإضافة؛ فيقتضي أصلا ينضاف إليه؛ ألا ترى أنه يقال للضعف في العربية: تضعيفًا؛ [لما يركب][(٢)] منه حرفان، وانضم أحدهما إلى الآخر، وإذا كان كذلك فقد وجد ما ينضاف إليه؛ فلا حاجة إلى تكرار المضاف إليه.

وقال أبو ثور: تكون الوصية بأربعة أخماسه؛ لأن الضعف إذا كان عبارة عن الشيء ومثله، كان الضعفان عبارة عن أربعة أمثال الشيء؛ وهذا ما حكى الإمام عن الأستاذ أبي منصور أنه قال: إنه القياس، وأنه حكى أن الموصي لو قال: ضاعفوا لفلان ضعف نصيب ولدي، فالضعف أربعة أمثال بلا خلاف، وإنما قال الشافعي - رضي الله عنه- ما قال إذا قال الموصى: أوصيت لفلان بضعف نصيب ولدى، فإذا صرح بتضعيف الضعف، كان كل ضعف ضعفين، ثم قال الإمام: وما قاله سديد، لا يجوز غيره.

وقال في البحر: ما قاله أبو ثور لا يصح؛ لما ذكرناه، ألا ترى أنه لو كان معه مائة، فقال لغلامه: أضعفها، لزمه أن يزيد عليها مائة أخرى، ولو قال: أضعفها مرتين، لزمه أن يزيد عليها مائتين.

وعلى المذهب لو قال: ثلاثة أضعاف نصيب ابني، أعطي أربعة أخماس المال، وعلى هذا القياس.

قال: وإن قال: **أعطوه نصيب ابني، فالوصية باطلة؛** لأنه وصى[(٣)] بما هو حق الابن؛ فأشبه ما لو قال: أعطوه دار ابني.

قال الشيخ أبو حامد: وليست هذه المسألة منصوصة، وهذا ما أورده ابن الصباغ، وعزاه القاضي إلى ابن القاص، وأنه قال: قلته تخريجا، وحكاه الداركى عن أبي إسحاق؛ كما قاله في البحر، ولم يحك القاضي الحسين عن العراقيين

---

(١) سقط في جـ. (٢) في د: لما نزلت. (٣) في د: أوصى.

سواه.

قال: وقيل: **هو كما لو قال بمثل نصيب ابني**؛ لأن الوصية واردة على مال الموصى، فليس للابن نصيب قبل موته، وإنما الغرض من التقدير بما يستحقه من بعد، كما يقال: للمرأة مهر مثلها، ومهر مثلها لا يكون لها؛ وإنما يكون لها مثل مهر مثلها.

وهذا ما أورده الأستاذ أبو منصور، واختاره القفال، والقاضي الحسين، والإمام، والروياني؛ كما حكاه الرافعي[١]؛ فعلى هذا تكون الوصية بالنصف.

وفي التهذيب وجه: أنه يكون موصى له بالكل.

قال: **وإن وصى لرجل بالنصف، ولآخر بالثلث، وأجاز الورثة، أخذ كل واحد منهما وصيته**؛ لما تقدم.

وإن لم يجيزوا كان للموصى له بالنصف ثلاثة أسهم من خمسة أسهم[٢]، أي: هي جملة الثلث، **وللآخر سهمان**؛ لأن ما قسم على التفاضل عند اتساع المال، قسم على التفاضل عند ضيق المال؛ كالمواريث والديون.

واعلم أن الضابط في تصحيح مسائل الوصايا، مع تصحيح مسائل الورثة: أن تصحح فريضة الميراث بضرب وغير ضرب، وعول وغير عول، ثم ننظر إلى مجيز الوصية، ويعطى نصيب الموصى له، ثم نقسم الباقي على فريضة الميراث، فإن انقسمت عليها فبها ونعمت.

مثاله: أوصى لواحد بربع ماله، وله ثلاثة من البنين، مخرج الوصية من أربعة: الربع للموصى له وهو سهم، والباقي يقسم على البنين الثلاثة.

وإن لم ينقسم الباقي على الفريضة، فللحساب طريقان:

أحدهما: طريق يعرف بطريق النسبة، وهو: أن ننظر إلى نسبة المقدر للوصية من مخرجها من الباقي، ثم نزيد على فريضة الميراث تلك النسبة، فإن كان المقدر للوصية مثل ثلث الباقي، زدت[٣] فريضة الميراث مثل ثلثها، وإن كان مثل نصف الباقي [زدت على فريضة الميراث][٤] مثل نصفها، وهكذا، فإن لم يكن

---

(١) في جـ: الروياني.
(٢) سقط في التنبيه.
(٣) في د: تزيد.
(٤) في د: تزيد على مسألة الفريضة.

لمسألة الفريضة نصف صحيح، والنسبة النصف[(١)] مثلا، [فتضرب][(٢)] الفريضة في مخرج النسبة، ثم تزيد عليها تلك النسبة.

والطريق الثاني: يعرف بطريق القسمة، وهو: أن يقابل بين الباقي من مخرج مسألة الوصية بعد إقرار الوصية وبين فريضة الميراث، فإن وجدتَ [بينهما][(٣)] وفقا صحيحا، تضرب أقل جزء الوفق من فريضة الميراث في مخرج الوصية، وإن لم تجد بينهما موافقة بجزء صحيح، اضرب جميع فريضة الميراث في مخرج الوصية، فما بلغ قيمته[(٤)] تصح الوصية[(٥)].

مثال ذلك: إذا أوصى بالثلث وله ثلاثة بنين، فمسألة الوصية من ثلاثة، للموصى له سهم، وهو مثل نصف ما بقي، ومسألة الفريضة من ثلاثة، فعلى طريق النسبة نزيد على فريضة الميراث مثل نصفها، وليس لها نصف صحيح، فنضربها في مخرج النصف، فتصير ستة، ثم نزيد عليها مثل نصفها، وهو ثلاثة، تصير تسعة، ومنها تصح للموصى له ثلاثة، ولكل ابن سهمان.

وعلى طريق القسمة: نقابل بين الباقي من مخرج الوصية بعد إقرار الوصية، وهو سهمان، وبين فريضة الميراث وهي ثلاثة، وليس بينهما موافقة، فنضرب ثلاثة في مخرج الوصية، وهي ثلاثة تبلغ تسعة، ومنها تصح.

ولو كان البنون أربعة، فعلى طريق النسبة: تكون مسألة الفريضة من أربعة، فنزيد عليها مثل نصفها وهو اثنان تبلغ ستة، ومنها تصح: للموصى له سهمان، ولكل ابن سهم.

وعلى طريق القسمة، نقابل بين الباقي بعد إخراج نصيب الموصى له وهو سهمان، وبين مسألة الورثة وهي أربعة، [فإذا كان][(٦)] بينهما موافقة بالنصف، فنضرب نصف الأربعة في مسألة الوصية تبلغ ستة.

ولو ترك الموصى ثلاث بنات وعصبة، فمسألة الفريضة أصلها من ثلاثة، وتصح من تسعة.

فعلى طريق النسبة: الباقي بعد إخراج نصيب الموصى له سهمان، فنزيد على

---

(١) في د: بالنصف.
(٢) في د: فيضربها.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: منها فمنه.
(٥) في د: المسألة.
(٦) في جـ: وإذن.

مسألة الفريضة مثل نصفها، وليس للتسعة[1] نصف صحيح، فنضربها في مخرج النصف تبلغ ثمانية عشر، ثم نزيد عليها مثل نصفها تبلغ سبعة وعشرين.

وعلى هذا فَقِسِ الزيادة والنقص.

ولو أوصى لواحد بالنصف، ولآخر بالثلث، وأجاز الورثة، فالمسألة من ستة؛ لأن مخرج النصف والثلث من خمسة، فيعطى للموصى له بالنصف ثلاثة أسهم، وللموصى له بالثلث سهمان [وللورثة سهم][2].

وإن ردوا الزيادة على الثلث، فالثلث للموصى لهما وهو سهم من ثلاثة، لا ينقسم على خمسة، فيضرب مخرج الثلث في مخرج الخمسة، فيصير خمسة عشر، للموصى لهما خمسة وللورثة عشرة[3].

ولو كانت المسألة بحالها - لكن كان الورثة ابنا وثلاث بنات، وأجازوا - فمسألة الوصية من ستة كما ذكرناه، ومسألة الفريضة من خمسة.

[فعلى طريق النسبة، الباقي بعد نصيب الموصى لهما سهم، والموصى به قدر السهم خمس مرات][4]، تبلغ ثلاثين: للموصى له بالنصف ثلاثة مضروبة في خمسة [بخمسة][5] عشر، وللموصى له بالثلث سهمان مضروبان في خمسة بعشرة، والباقي خمسة: للابن سهمان، ولكل بنت سهم.

وعلى طريق القسمة: الباقي بعد نصيب الموصى لهما سهم، ولا وفق له، فنضرب مسألة الفريضة في مسألة الوصية تبلغ ثلاثين، ومنها تصح.

---

(١) في د: للسبعة.
(٢) في د: وسهم للوارث.
(٣) قوله: ولو أوصى لواحد بالنصف، ولآخر بالثلث، وأجاز الورثة، فالمسألة من ستة؛ لأن مخرج النصف والثلث من خمسة، فنعطي للموصى له بالنصف ثلاثة أسهم، وللموصى له بالثلث سهمان، وسهم للوارث، فإن رد الزيادة على الثلث، فالثلث للموصى لهما، وهو سهم من ثلاثة، لا ينقسم على خمسة، فيضرب مخرج الثلاث في مخرج الخمسة فيصير خمسة عشر، للموصى لهما خمسة، وللورثة عشرة. انتهى كلامه.
وما ذكره من كون المسألة من ستة على تقدير الإجازة صحيح، وأما تعليله لذلك بأن مخرج النصف والثلث من خمسة، فتعليل فاسد ظاهر الفساد، بل إنما صارت ستة بضرب مخرج النصف، وهو اثنان في مخرج الثلث، وهو ثلاثة، وكان هذا تعليلًا لإعطاء الخمسة، فوقع تقديمه غلطًا. [أ و].
(٤) في د: فيضاعف إلى مسألة الفريضة قدرها خمس مرات.
(٥) سقط في د.

وأما إذا ردوا الوصية بالزائد، فالثلث بين الموصى لهما على النسبة التي كانت تخصهما عند الإجازة، وهي خمسة أسهم، وإذا كان ثلث المال خمسة، فجملته خمسة عشر، للموصى لهما[١] خمسة، وللورثة عشرة، فهي منقسمة عليهم.

وإن أجازوا البعض وردوا البعض، فالطريق في التصحيح: أن تصحح المسألة على تقدير الإجازة، ثم على تقدير الرد، ثم نضرب مسألة الإجازة في مسألة الرد؛ إن لم يكن بينهما وفق، وإن كان بينهما وفق، فنضرب جزء الوفق من أحدهما في كل[٢] الآخر، ثم من له شيء من الإجازة - إذا أجاز - أخذه مضروبا في مسألة الإجازة أو في وفقها، [ومن له من مسألة الرد شيء - إذا رد - أخذه مضروبا في مسألة الإجازة أو وفقها][٣].

ومسألة الإجازة هنا قد صحت من ثلاثين، ومسألة الرد صحت من خمسة عشر، وبينهما موافقة [بالثلث][٤]، فنضرب خمسة عشر في عشرة، أو خمسة في ثلاثين تبلغ مائة وخمسين، فإذا كان الابن مثلا الذي أجاز، فنصيبه من مسألة الإجازة سهمان، نضربهما في خمسة، تبلغ عشرة، وللبنات من مسألة الرد ستة مضروبة في عشرة تبلغ ستين، والباقي وهو ثمانون بين الموصى لهما مقسومة على خمسة: للموصى له بالنصف ثمانية وأربعون، وللموصى له بالثلث اثنان وثلاثون.

وإن كان الذي رد الابن، فله من مسألة الرد أربعة مضروبة في خمسة بعشرين، وللبنات من مسألة الرد ثلاثة أسهم مضروبة في خمسة بخمسة عشر، والباقي بعد ذلك، وهو مائة وخمسة [عشر][٥] بين الموصى لهما مقسوم على خمسة: للموصى له بالنصف تسعة وستون، وللموصى له بالثلث ستة وأربعون.

ولو أجاز الورثة وصية صاحب النصف، وردوا وصية صاحب الثلث، فالموصى له بالنصف يسلم له ما كان يستحقه في مسألة [الإجازة، والموصى له بالثلث يستحق ما كان يسلم له في مسألة][٦] الرد.

---

(١) في د: له.
(٢) في د: كامل.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في د، وفي ج: وعشر.
(٦) سقط في د.

وكذلك الحكم فيما إذا أجازوا وصية صاحب الثلث، وردوا وصية صاحب النصف، يكون لصاحب النصف ما كان له في حالة الرد، ولصاحب الثلث ما كان له في حالة الإجازة، والباقي يقسم بين الورثة.

ولو كانت الوصية لواحد بالثلث، ولآخر بالربع، وأجاز الورثة وهم: بنتان وأبوانِ، فمسألة الوصية من اثنى عشر؛ لأن أقل ما يخرج الثلث والربع منها، ومسألة الفريضة من ستة، فعلى طريق النسبة: الحاصل للموصى لهما من الاثنى عشر سبعة، وهي مثل ما بقى ومثل خمسيه، فنزيد على مسألة الفريضة مثلها ومثل خمسيها، وليس للسبعة خمس صحيح، فنضرب مسألة الفريضة في مخرج الخمس تبلغ ثلاثين، ثم نزيد عليها مثلها ومثل خمسيها، وهو اثنان وأربعون، تبلغ اثنين وسبعين، ومنها تصح: للموصى له [بالثلث][1] من مسألة الوصية أربعة مضروبة في مسألة الفريضة، وهي ستة، تبلغ أربعة وعشرين، وهي ثلث الجملة، وللموصى له بالربع من مسألة الوصية ثلاثة مضروبة في مسألة الفريضة، وهي ستة، تبلغ ثمانية عشر، والباقي بعد ذلك ثلاثون [للورثة][2] للأبوين السدسان: عشرة، وللبنتين الثلثان: عشرون.

وعلى طريق القسمة: الباقي بعد الموصى به خمسة، وليس لها وفق، فنضرب مسألة الميراث في مخرج الوصية[3] تبلغ اثنين وسبعين، ومنها تصح.

وإن رد الورثة الزائد على الثلث، فاقسم الثلث على الموصى لهما على النسبة التي كانت تخصهما عند الإجازة، وهي سبعة، وإذا كان ثلث المال سبعة، فجملته إحدى وعشرون، [للموصى لهما][4] سبعة، وللورثة أربعة عشرة [وأربعة عشرة][5] لا تنقسم على مسألة الفريضة، لكن بينهما وفق بالنصف، فنضرب نصف الستة في أصل المسألة، وهي إحدى وعشرون، تبلغ ثلاثة وستين، ومنها تصح: للموصى لهما سبعة مضروبة في ثلاثة بإحدى وعشرين: للموصى له بالثلث اثنا عشر، وللآخر تسعة، وللورثة اثنان وأربعون: للأبوين السدسان: أربعة عشر، وللبنتين الثلثان: ثمانية وعشرون.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: الوصيتين.
(٤) في د: للوصية.
(٥) سقط في جـ.

[وهذا على][1] طريق القسمة.

فإن أردت أن تصحح المسألة على طريق النسبة: فأصل المسألة كما ذكرنا من إحدى وعشرين: للموصى لهما سبعة؛ وهي مثل نصف ما بقى، فنزيد على فريضة الميراث مثل نصفها، فتصير تسعة، ثم نحتاج إلى قسمة الثلث على سبعة، فنضرب التسعة في مخرج السعة تبلغ ثلاثة وستين، ومنها تصح.

وإن أجاز بعض [الورثة][2] ورد البعض، فمسألة الإجازة تصح من اثنين وسبعين، [ومسألة الرد من ثلاثة وستين، وبينهما موافقة بالثلث، فنضرب إحدى وعشرين في اثنين وسبعين][3] أو ثلاثة وستين في أربعة وعشرين، تبلغ [ألفا][4] وخمسمائة واثنى عشر، ومنها تصح، فإن [كان][5] الذي أجاز الأم خاصة مثلا، من مسألة الإجازة خمسة مضروبة في وفق مسألة الرد، وهو [إحدى][6] وعشرون، [تبلغ مائة وخمسة، وللأب من مسألة الرد سبعة مضروبة في وفق مسألة الإجازة، وهو[7] أربعة وعشرون، تبلغ مائة وثمانية وستين، وللبنتين من مسألة الرد ثمانية وعشرون مضروبة في وفق مسألة الإجازة، وهو أربعة وعشرون][8]، تبلغ ستمائة واثنين وسبعين، والباقي بعد ذلك، وهو خمسمائة وسبعة وستون، مقسوما على سبعة بين الموصى لهما: للموصى له بالثلث: ثلاثمائة وأربعة وعشرون، وللموصى له بالربع: مائتان وثلاثة وأربعون.

ولو كانت الوصية لواحد بالكل، ولآخر بالثلث، وأجاز الورثة وهم: أب وابنان، فالمسألة من أربعة: للموصى له بالكل ثلاثة أرباع، وللموصى له بالثلث الربع[9].

[وإن ردوا الزائد على الثلث، فاقسم الثلث على أربعة، وإذا كان ثلث المال أربعة فجملته اثنا عشر، لهما منها[10] أربعة: للموصى له بالكل ثلاثة، وللموصى له بالثلث سهم][11]، والباقي وهو ثمانية بين الورثة، ومسألتهم من ستة، وتصح من اثني عشر، وثمانية على[12] اثني عشر، [لا تصح، ولكن توافق بالربع، فاضرب ربع الاثني عشر

---

(١) في جـ: وعلى هذا.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في د.
(٧) في جـ: وهي.
(٨) سقط في د.
(٩) في د: سهم.
(١٠) في الأصل: منهما.
(١١) سقط في د.
(١٢) في جـ: وعلى.

في أصل المسألة وهو[١] اثنا عشر تبلغ ستة وثلاثين، ومنها يصح للموصى لهما اثنا عشر][٢].

والباقي وهو أربعة وعشرون للورثة منقسمة عليهم، وعلى هذا طريق القسمة.

وإن أردت أن تصحح المسألة على طريق النسبة[٣]: فأصل المسألة كما قلنا من اثني عشر: للموصى لهما أربعة، وهي[٤] مثل نصف ما بقى، فنزيد[٥] على مسألة الفريضة مثل نصفها، تبلغ[٦] ثمانية عشر، ثم نحتاج إلى قسمة الثلث على أربعة، وبين الثمانية عشر والأربعة موافقة بالنصف، فنضرب الثمانية عشر في نصف الأربعة تبلغ ستة وثلاثين، ومنها تصح.

ولو رد الأب خاصة، فكيفية التصحيح تؤخذ مما تقدم.

ولو كانت الوصية لواحد بالنصف، ولآخر بالثلث، ولآخر بالربع، فإن[٧] أجاز[٨] الورثة وهم: زوجة وأبوان، قسم المال على ثلاثة عشر سهما، وأعطى صاحب النصف ستة، وصاحب الثلث أربعة، وصاحب الربع ثلاثة.

وإن ردوا، قسمت الثلث على ثلاثة عشر، وإذا كان الثلث ثلاثة عشر سهما، فالجملة تسعة وثلاثون: للموصى لهم ثلاثة عشر، وللورثة ستة وعشرون، ومسألتهم من اثني عشر، وستة وعشرون على اثنى عشر لا تصح، ولكن توافق بالنصف، فنضرب نصف الاثني عشر في مسألة الوصية وهي تسعة وثلاثون تبلغ مائتين وأربعة وثلاثين: للموصى لهم ثمانية وسبعون مقسومة على ثلاثة عشر: للموصى له بالنصف ستة وثلاثون، وللموصى له بالثلث أربعة وعشرون، وللموصى له بالربع ثمانية عشر، والباقي [وهو مائة][٩] وستة وخمسون بين الورثة: للزوجة ربعها: تسعة وثلاثون، وللأم [ثلث الباقي][١٠]: تسعة وثلاثون، والباقي للأب، وهذا على طريق القسمة.

وعلى طريق النسبة: نقول: أصل مسألة الوصية من تسعة وثلاثين، ثلثها ثلاثة

---

(١) في جـ: هي.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: القسمة.
(٤) في جـ: وهو.
(٥) في جـ: فزِدْ.
(٦) في ب: فيبلغ.
(٧) في جـ: و.
(٨) في د: أجازوا.
(٩) في د: والثاني.
(١٠) سقط في د.

عشر، وهي مثل نصف[١] الباقي، فزد على فريضة الميراث مثل نصفها، تبلغ ثمانية عشر، [ثم نحتاج إلى قسمة الثلث على ثلاثة عشر، فنضرب ثمانية عشر][٢] في مخرج ثلاثة عشر، تبلغ مائتين وأربعة وثلاثين، ومنها تصح.

وإن أجاز بعض الورثة ورد البعض، فطريق التصحيح ما تقدم.

وعلى هذا فقس. ولنكتف بما ذكرناه؛ فإن الكلام في هذا الباب ومسائله متسع، ولو أنفذت العمر فيه لما بلغت مد ما ذكر الأئمة في ذلك ولا نصيفه.

قال: **وإن أوصى [له][٣] بشيء ثم رجع في وصيته، صح الرجوع**؛ لأنها عطية لم يَزُلْ عنها[٤] ملك معطيها؛ فأشبهت الهبات قبل القبض، وصريح الرجوع: رجعت في وصيتى، أو أبطلتها، أو فسختها، أو نقضتها، وما أشبه ذلك.

وكما يحصل الفسخ بصريح الرجوع، يحصل بما يدل عليه مما ذكره الشيخ.

قال: **وإن أوصى لزيد بجميع ماله، أو بثلثه، أو بعبد، ثم وصى بذلك لعمرو، سوى بينهما**، أي: ولا يكون رجوعًا فيما أوصى[٥] به لزيد، ولا في بعضه: أما في الثانية، فللإجماع كما نقله الماوردي، وأما في الأولى والثالثة؛ فبالقياس على الثانية.

ولأنه لما كان قوله في وقت واحد: أوصيت بعبدى هذا لزيد، وأوصيت به لعمرو، لا يكون رجوعا، ويجعل بينهما إجماعا - وجب[٦] إذا تراخى [ما][٧] بين الوصيتين [أن يكون بينهما، ولا يكون رجوعا؛ إذ لا فرق بين اقتران الوصيتين][٨] وافتراقهما.

ولأن الوصية الثانية يجوز أن يكون أراد بها الرجوع، ويجوز أن يكون [فعلها لنسيان الأولى، ويجوز أن يكون][٩] أراد بها التشريك بين الأول والثاني؛ فوجب أن يحمل مع هذا الاحتمال على التشريك بينهما؛ لاستوائهما في الوصية.

وفي البحر حكاية عن أبي عبد الرحمن ابن بنت الشافعي - رضي الله عنه-: أن الوصية لهما قد بطلت؛ لإشكال حالهما.

والمذهب الأول، وإنما قلنا: إن ذلك لا يكون رجوعا عن شيء من الموصى

---

(١) في د: نصيب.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في التنبيه.
(٤) في جـ: عليها.
(٥) في د: وصى.
(٦) في جـ: وحيث.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في د.

به؛ لأنه لو كان رجوعا لما كان لأحدهما الاستقلال بالجميع عند رد الآخر.

وقد صرح القاضيان: أبو الطيب والحسين، والإمام بأن الجميع يسلم لمن قبل الوصية إذا رد الآخر، وحينئذ فيكون تسليم النصف كما قال القاضي الحسين؛ لأن لما وصى بذلك لزيد ثم وصى به لعمرو وقبلا، فقد اجتمع كلان، ولا يكون للشيء الواحد كلان، فازدحما؛ فجعل بينهما نصفين، واستشكل الإمام كونه لا يكون رجوعا؛ لأنا نقول: العرض على البيع رجوع؛ لدلالته [على إرادة إبطال التملك][1]، وهذا في الدلالة أقوى، ثم محل الكلام في الصورة الثانية إذا رد الورثة، أما إذا أجازوا سلم الثلث كاملا لكل [واحد][2] منهما، وهذا أيضا مما يدل على أن وصيته للثاني لا تتضمن رجوعا، وهذا هو المذهب.

وفي التتمة حكاية وجه: أنه بالوصية الثانية راجع عن الوصية الأولى؛ كما لو وهب شيئا لإنسان، ثم وهبه لآخر قبل القبض.

فرع: لو أوصى لرجل بجارية حامل، وقلنا بدخول الحمل في الوصية كما هو أحد الوجهين، ثم وصى بحملها لعمرو، فالجارية تكون للأول، والولد يكون بين الأول والثاني.

ولو أوصى بالجارية لشخص وبحملها لآخر، [صح ذلك][3] اتفاقا.

ولو أوصى لشخص بدار أو بخاتم، ثم أوصى بأبنية الدار أو بفص الخاتم لآخر، فعرصة[4] الدار والخاتم للأول، والأبنية والفص بينهما؛ تفريعا على المذهب.

ولو أوصى لزيد[5] بدار، ثم لعمرو[6] بسكناها، فعن الأستاذ أبي منصور: أن الرقبة للأول، وأن المنفعة للثاني.

قال الرافعي: وكان يجوز أن يشتركا في المنفعة، كما في الأبنية والفص.

[قال][7]: **وإن قال: أوصيت لعمرو بما وصيت به لزيد، جعل ذلك [رجوعًا عن][8] وصية زيد**؛ لأن ذلك صريح في الرجوع، وقد انتفى احتمال النسيان،

---

(١) في د: على إبطال إرادة الملك.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: فعرص.
(٥) في د: رجل.
(٦) في د: لآخر.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في جـ: على.

وهذا ما جزم به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ.

وعن المزني: أنه لا يكون رجوعا، ويجعل بينهما، ووافقه عليه بعض الأصحاب، واحتج له بأنه لو وكل زيدا ببيع سلعة سماها له، ثم قال[١]: قد وكلت عمرا بما وكلت به زيدا، أنهما يكونان معا وكيلين في بيعها، ولا يكون توكيل الثاني رجوعًا عن الأول.

قال الماوردي: وهذا فاسد، وحكي أن من أصحابنا من ضاق عليه الفرق، فجعل ذلك رجوعًا عن[٢] توكيل الأول.

ومنهم من فرق بأن الوكالة نيابة؛ فيصح أن ينوب كل واحد من الجماعة في كل البيع، والوصية تمليك، ولا يصح أن يملك كل واحد من الموصى لهما كل الموصى به.

قال: وإن أوصى لزيد[٣] **بشيء، ثم أزال الملك فيه ببيع أو هبة**، أو ما في معناهما من عتق وغيره، **أو عرضه لزوال الملك**؛ بأن دبره، أي: ولم يتعرض في لفظه بذكر الوصية الأولى - كما قال الإمام - أو كاتبه، **أو عرضه[٤] على البيع، أو أوصى ببيعه، كان ذلك رجوعا**؛ لأن القصد من الوصية حصول الموصى به للموصى له، وهذه الأشياء تنافي المقصود؛ لأنه[٥] لا يمكن حصوله بعد وجودها[٦]؛ فأبطلت الوصية.

وفائدة القول بأنه رجوع فيما إذا باعه أو وهبه وأقبضه: أنه لو ملكه بعد ذلك، ومات وهو في ملكه، لا يعود حق الموصى له فيه، بخلاف ما إذا وهب من ولده شيئا، فانتقل عن ملك الابن، ثم عاد إليه فإن له الرجوع على أحد الوجهين، وكذلك إذا باع عينا، ثم خرجت عن ملك المشتري، ثم اشتراها أيضا وأفلس، فإن للبائع الرجوع فيها على أحد الوجهين.

قال الماوردي: والفرق أن رجوع الأب والبائع حق لهما، ليس للابن ولا للمفلس إبطاله [عليهما][٧]؛ فكذلك لم يكن بيعهما وعوده إلى ملكهما مانعا من الرجوع، وليس كذلك الوصية؛ لأن للموصى إبطالها، فإذا بطلت بالبيع لم تعد بالشراء.

---

(١) زاد في جـ: و. (٢) في د: في. (٣) في التنبيه: لرجل.
(٤) في جـ: لعرضه. (٥) في د: فإنه. (٦) في جـ: حصولها.
(٧) سقط في جـ.

أما إذا لم يَزُلِ الملك بالهبة، كما إذا لم يتصل بها [قبض][(١)]، فكلام الشيخ الأول يفهم أنه لا يكون رجوعا، وقوله: أو عرضه على [البيع][(٢)]، يفهم منه أنه يكون رجوعا، وقد حكى الأصحاب ذلك وجهين:

الأول منهما: قول بعض المتأخرين من البغداديين؛ لأنه لم يؤثر في ملكه؛ فلم يؤثر في رجوعه.

والثاني: قول ابن أبي هريرة، وأبي إسحاق؛ لأنه قد عقد فيه عقدا يفضى إلى الزوال؛ فصار مخالفا لما قصده من قبل، وهو ما رجحه الإمام، وقال: إنه يجب القطع به.

وزاد القاضي الحسين على ذلك، فقال: قال أصحابنا: إذا وهبه، فلم يقبل الموهوب [له][(٣)]، كان له رجوعا، وهو مطرد في إيجاب الهبة والبيع.

ثم قضية تعليل الوجه الأول: أن العرض على البيع لا يكون رجوعا، وقد صرح به الماوردي وغيره؛ إذا كان في حياة الموصي، وهو جار كما حكاه الرافعي، فيما إذا وكل في البيع.

وهل تكون الهبة الفاسدة رجوعا ؟

[حكى الماوردي فيها ثلاثة أوجه: ثالثها: إن أقبض كان رجوعا][(٤)]، وإلا فلا.

ولا فرق في [بطلانها بالإيصاء][(٥)] بالبيع [بين أن يفسخ في زمن الخيار أم لا.

وعن الأستاذ أبي منصور: أنه إذا فسخ، وقلنا: لا ينتقل الملك إلا بانقضاء الخيار، لا يكون رجوعا.

وكذا لا فرق في بطلانها بالإيصاء بالبيع][(٦)] بين أن يعين من يباع منه أَوْ لا، ومع التعيين لا فرق بين أن ينص على قدر الثمن أَوْ لا.

وحكى الماوردي عن بعض أصحابنا أنه قال: إذا عين من يبيع منه، وقدر الثمن، وكان دون ثمن المثل، فهو كما لو أوصى به لزيد، ثم أوصى به لعمرو، فيكون ما حصلت فيه المحاباة بينهما، فإن كانت المحاباة [بينهما][(٧)] بنصف

---

(١) سقط في جـ. (٢) -سقط في جـ. (٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د. (٥) في د: بطلان الوصية. (٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في د.

الثمن؛ فيكون كأنه أوصى بجميعه لزيد، ثم أوصى بنصفه لعمرو؛ فيكون بينهما أثلاثا.

وإن كانت المحاباة بثلث الثمن، كان بينهما أرباعا.

قلت: ولو قيل على هذا الوجه بأن للموصى له ثانيا: الربع في المثال الأول، وله في المثال الثاني [ ][1]؛ لكان الوجه أحدًا مما ذكرناه في أوائل الفصل.

وأطلق في الرافعي حكاية وجه عن[2] أبي الفرج الزاز: أنه إذا أوصى بالبيع وغيره مما هو رجوع، يكون كما لو أوصى لزيد ثم أوصى به لعمرو؛ لأن كليهما وصية، وحكاه عن المعتمد فيما إذا أوصى بعبده لإنسان ثم أوصى بعتقه، حتى يعتق نصفه ويدفع للموصى له نصفه.

وقيل في التدبير: إن قلنا: إنه وصية، لم يكن رجوعا؛ حكاه ابن الصباغ.

[والذي أورده][3] الماوردي: أنا إن قلنا: إنه عتق بصفةٍ[4] فهو رجوع، وإن قلنا: إنه وصية: فإن قلنا بتقديم الوصية بالعتق على الوصية بالتمليك، كان رجوعا في الوصية. وإن قلنا باستوائهما، ففيه وجهان:

أحدهما - عن أبي علي الطبري-: [أنه يكون][5] نصفه وصية ونصفه مدبرا.

والثاني - عن أبي إسحاق-: أنه يكون جميعه مدبرا، ويتضمن ذلك الرجوع عن الوصية؛ لأن عتق المدبر تأخر بالموت، فقُدِّم على الوصايا، كالناجز[6] من العطايا.

قال الإمام حكاية عن الأصحاب: ولأن مقصود التدبير العتق؛ وهو مخالف لمقصود الوصية بملك الرقبة، وإذا اختلف المقصودان ظهر بالثاني[7] قصد الرجوع في الأول، وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد والقفال، وعليه ينطبق كلام الشيخ، وحكى الإمام في باب وطء المدبرة عن صاحب التقريب رواية قول[8]: في أن الكتابة هل تكون رجوعا عن الوصية أم لا ؟ لكن كلامه يرشد إلى أن محلها إذا كانت الوصية بعتق؛ فإنه قال: ومبنى التردد: أن مقصود الكتابة العتق

---

(١) بياض في أ.
(٢) زاد في د: رواية.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: مضبوطة.
(٥) في جـ: ألا يكون.
(٦) في جـ: كالمناجز.
(٧) في جـ: الثاني.
(٨) في د: قولين.

أيضا، وأن الأصحاب أطبقوا على أن ذلك رجوع عن الوصية للغير.

فرع: لو دبره ثم أوصى به، فإن قلنا: إن التدبير عتق بصفةٍ، كانت الوصية باطلة، وإن قلنا: إنه كالوصايا؛ نظر: فإن قال: العبد الذي [قد][1] دبرته قد أوصيت به لزيد، كان رجوعا في تدبيره وموصى بجميعه، ويتجه أن يجيء فيه وجه المزني، وإن لم يقل [في][2] ذلك.

وفي النهاية: إن الذي ذهب إليه أكثر الأصحاب: أن ذلك رجوع عن التدبير؛ فإن الوصية مع التدبير متناقضان، وأشار بذلك إلى ما حكيناه عن حكايته من الفرق بين التدبير والوصية.

وفي الحاوي: أن في ذلك وجهين:

قول ابن أبي هريرة منهما: أن نصفه باق على التدبير، ونصفه موصى به. وهذا [ما][3] أبداه الإمام أيضا.

وقول أبي إسحاق: أن تدبيره أقوى من الوصية؛ فتبطل الوصية، ويكون على التدبير.

ثم قال: وهذان الوجهان جاريان فيما لو أوصى بعتقه بعد أن أوصى به، أو أوصى بعتقه ثم أوصى به.

فرع: لو أوصى ببيع شيء وصَرْف ثمنه للفقراء، ثم أوصى ببيعه وصَرْف ثمنه إلى المساكين[4]، [لم يكن][5] رجوعا، [وصُرِفَ الثمن للفقراء والمساكين نصفين، بخلاف ما لو أوصى بشيء للفقراء، ثم أوصى ببيعه وصَرْف ثمنه للمساكين؛ فإنه يكون رجوعا][6].

تنبيه: قول الشيخ: وإن أوصى بشىء؛ احترز به عما إذا أوصى بثلث ماله ثم باعه؛ فإن الوصية لا تبطل، قال البندنيجي: لأن الاعتبار بماله حين الوفاة، وقد تقدم الكلام في ذلك.

قال: وإن أوصى به، ثم رهنه، فقد قيل: هو رجوع؛ لأنه عرضه للبيع؛ لما تعلق به من حق المرتهن، وهذا ما صححه ابن يونس والجيلي.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج، د.
(٤) في د: للمساكين.
(٥) في ج: أنه يكون.
(٦) سقط في ج.

وقيل: ليس برجوع؛ لأن الرهن ليس بإزالة ملك في الحال ولا في ثاني الحال؛ فلم يكن رجوعا.

قال الإمام: ولست أرى في ذلك فرقا بين أن يتصل به القبض أم لا؛ فإنا إنما جعلناه رجوعا؛ لدلالته على القصد، وهذا لا يختلف بوجود الإقباض وعدمه.

وفي البحر حكاية وجه ثالث: أنه إن اتصل به القبض كان رجوعا، وإلا فلا.

والمجزوم به في التهذيب عند القبض: أنه يكون رجوعا، وحكاية(١) الخلاف قبله.

ولو كان الرهن فاسدا، فكلام الماوردي يفهم جريان الخلاف السابق في الهبة الفاسدة(٢).

قال: **وإن أجره، أو كاتب جارية فزوجها، لم يكن رجوعا**؛ لأن ذلك لا ينافي الوصية؛ لأنه لا يزيل الملك.

وهكذا الحكم فيما إذا أوصى بعبد، ثم زوجه(٣)؛ لأن ذلك من مصالحه، ونفقة الزوجة ومهرها في كسبه.

وكذلك إذا عَلَّمَ الموصى به صنعة لم يكن رجوعا؛ لأنه زاده خيرا، فهو كما لو كساه.

ولا فرق في كون الإجارة لا تكون رجوعا بين أن يوصى له بالدار فيسكنها(٤)، أو بسكنى دار فيؤجرها، لاحتمال انقضاء مدة الإجارة قبل موته.

نعم، لو مات قبل انقضاء المدة، لزم الموصى له إذا قبل تمكينُ المستأجر من الاستيفاء.

ثم إن [كانت الوصية بالسكنى](٥) مقيدة بمدة، فهل يستوفى بعد انقضاء مدة الإجارة جميع مدة الوصية، أو ما بقي منها ؟ فيه وجهان في المهذب وغيره: أرجحهما كما يقتضيه كلام الغزالي: الثاني. حتى لو لم تنقض مدة الإجارة إلا بعد فراغ السنة الموصى بها بطلت الوصية.

ولو وطئ الجارية الموصى بها، لم يكن رجوعًا إلا أن يحبلها.

---

(١) في جـ: وخلاف.
(٢) زاد في جـ: فيه.
(٣) في د: زوج.
(٤) في د: فليؤجرها.
(٥) في جـ: السكنى.

وقال ابن الحداد: إن عزل عنها لم يكن رجوعًا، وإن لم يعزل كان رجوعًا، وزعم أنه أخذ ذلك من قول الشافعي - رضي الله عنه - في الإملاء: لو حلف لا يتسرى، فوطئ جارية له، فإن كان يعزل عنها، فهو غير مُتَسَرٍّ ولا حنث عليه، وإلا فهو متسر، وقد حنث.

قال: فلما جعل التسري طلب الولد لا الاستمتاع، دل ذلك على الفرق بينهما، وكان طلب الولد رجوعا في الوصية دون الاستمتاع، وهذا ما حكاه الإمام والقاضي الحسين، والبغوي في باب وطء المدبرة، وقال الإمام هنا: إن من أصحابنا من قال: إن الوطء رجوع كيف فُرِضَ، وهذا أضعف الوجوه، وإن قول ابن الحداد[1]، هو الطريقة المستقيمة.

قال: **وإن أوصى بشيء، ثم أزال اسمه؛ بأن كان قمحًا فطحنه، أو دقيقا فعجنه، أو عجينًا فخبزه، كان ذلك رجوعًا؛** لأنه زال عنه الاسم؛ فلم يبق متناولا لوصيته.

ولأنه قصد استهلاكه بالأكل، وذلك دليل على قصد الرجوع.

وهكذا لو قلا الحنطة سويقًا، أو عمل منها شيئا، أو بلها بالماء، أو بذرها.

ولو كان الموصى به خبزًا يابسًا، فدقه فتيتا، ففي كونه رجوعا وجهان، في تعليق أبي الطيب وغيره.

قال: **وإن كان غزلا فنسجه، أو نُقْرَة فضربها دراهم، أو ساجا فجعله بابا - فقد قيل: هو رجوع؛** لزوال الاسم، وهذا أصح في الشامل، وبه جزم الماوردي في مسألة نسج الغزل وطبع النقرة دراهم.

وقيل: ليس برجوع؛ لأن الاسم باقٍ عليه مع التقييد.

قال بعضهم: وهذا الوجه غريب في مسألة نسج الغزل. وكأنه لم يقف على تعليق القاضي أبي الطيب والشامل؛ فإنهما حكيا الخلاف في الصور الثلاث، كما حكاه الشيخ وهو جار في تجفيف الثمار عند خشية الفساد.

وقد أجرى وجه الرجوع في تقديد اللحم، والمذهب خلافه.

كما أن المذهب: أن شَيَّهُ رجوع، وخلافه وجه بعيد حكاه في البحر.

(١) زاد في جـ: و.

والرافعي ادعى نفى الخلاف فيه، وألحقه بما إذا كانت شاة فذبحها.

وفي الحاوي: الجزم بأنه لو كان قطنا فغزله، أو ثوبا فقطعه قميصًا، أنه يكون رجوعا، وفي المذهب وجه فيه كما لو كان الثوب مقطوعا فخاطه.

ولو حشا بالقطن مخدة أو مضربة أو جبة، ففي كونه رجوعا - تفريعا على الأول - وجهان: أصحهما في النهاية والرافعي: أنه رجوع.

وكذا لو قصر الثوب، هل يكون رجوعا؟ فيه وجهان:

وجه الرجوع: القياس على ما لو صبغه.

ووجه مقابله: القياس على ما لو غسله.

وقد حكى هذا أيضا فيما لو صنعه؛ كما في عمارة الدار.

ولو لبس الثوب الموصى به، قال القفال: يحتمل أن يكون رجوعا، قال في البحر: وهو المذهب عندى؛ لأنه عرضة للإتلاق، كما لو عجن الدقيق.

فرع: إذا عرض الموصى به لشيء من الأحوال المذكورة: كنسج الغزل، وطحن القمح، ونحو ذلك، قال الرافعي: فقد نص الأصحاب على وجهين في بعضهما، والباقي[١] ملحق به.

قال: **وإن أوصى بدار فانهدمت**، أي في حياة الموصي، بحيث زال [عنها][٢] اسم الدار، **وبقيت عرصتها - فقد قيل: تبطل**؛ لأنه زال عنها الاسم؛ فبطلت الوصية، كما لو هدمها الموصي، وهذا هو الأصح في الحاوي، [والمذهب في][٣] تعليق البندنيجي.

وقيل: لا تبطل؛ لأنه لم يوجد منه[٤] شيء يدل على الرجوع، وظاهر كلام الشيخ يدل على أن الخلاف في بطلان الوصية[٥] في العرصة.

أما النقض فقد بطلت الوصية [فيه][٦] لا محالة.

والمذكور في التتمة: حكاية الخلاف في أن الوصية هل تبطل بالنقض أم لا ؟ وتبقى الوصية فيها على المنصوص.

وعلى طريقة: أنها تبطل فيها أيضا.

---

(١) في جـ: الثاني.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: فيه.
(٥) في جـ: و.
(٦) سقط في جـ.

وحكى وجها فيما إذا هدم الدار: أن الوصية لا تبطل في العرصة.

قال في البحر: وهذا وهذا غلط؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - نص على أنه إذا أوصى بدار، فذهب السيل بها: أن الوصية تبطل؛ لأن العرصة [لا][(١)] تسمى دارا، أما إذا بقى عليها اسم الدار، فالوصية باقية.

ولمن تكون الآلة ؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو الذي نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - وبه قال جمهور أصحابنا-: أنها خارجة من الوصية؛ لأنها لا تسمى دارا.

والثاني - حكاه القاضي ابن كج عن بعض أصحابنا-: أنها تكون للموصى له، وحمل نص الشافعي - رضي الله عنه - على ما إذا هدمها بنفسه.

وجعل في الحاوي الخلاف في مسألة الكتاب مفرعا على هذا الخلاف، وقال: إن من قال بأن النقض للموصي، قال: تبطل الوصية، ومن قال بأنه للموصى له، لا يقول بالبطلان[(٢)]، وهذا يوافق ما حكيناه عن المتولي من تصوير محل الخلاف.

وإن كان الانهدام بعد موت الموصى له: فإن كان بعد القبول، فالوصية ممضاة، وجميع ما انفصل من آلتها للموصى له، وإن كان قبل القبول: فإن لم يَزُلِ اسم الدار عنها، فالوصية بحالها.

ثم إذا قبل، وقلنا: يتبين الملك بالموت، أو قلنا: يملك بالموت، فالنقض للموصى له. وإن قلنا: إن القبول هو المملِّك، فله الدار، وفي المنفصل وجهان:

أحدهما: للموصى له، وهو الأصح في البحر.

والثاني: للورثة.

وإن لم يبق مسمى الدار بعد الانهدام، فإن قلنا: إن القبول [مبين، فالوصية جائزة، وله العرصة والنقض. وإن قلنا: القبول][(٣)] مملك، ففي بطلان الوصية وجهان:

أحدهما: نعم.

والثاني: لا، وله العرصة وما اتصل.

---

(١) سقط في د. (٢) في ج: تبطل. (٣) سقط في د.

وفي المنفصل وجهان.

وفي تعليق البندنيجي: أن الانهدام إذا وجد بعد الموت وقبل القبول ثم قبل، وفرعنا على أن القبول مبين للملك، فالمذهب: أن العرصة والنقض [ملك][١] للموصى له.

ومن أصحابنا من قال: النقض لا يكون له، وهو فاسد.

ولم يفصل البندنيجي في الانهدام بين أن يزيل اسم الدار أم لا.

فرع: إذا أوصى بأرض، فبنى فيها أو غرس، ففيه وجهان، أصحهما في الرافعي: أن ذلك رجوع.

قال الماوردي: فعلى هذا إن كان البناء والغراس في جميعها كان رجوعا في الجميع، وإن كان في بعضها[٢] كان رجوعا فيه، وليس رجوعا[٣] فيما لم يغرس فيه أو يبنى.

والثاني: أنه لا يكون رجوعا؛ لأن ذلك[٤] من استيفاء منافعها.

قال الماوردي والمصنف: فعلى هذا تكون الوصية فيما بين البناء والغراس من بياض الأرض بحالها، فأما أساس البناء وقرار الغراس، ففيه وجهان:

أحدهما: يكون راجعا فيه.

والثاني: لا.

ولو عمر الدار الموصى بها، نظر: فإن غير اسمها؛ بأن جعلها حَمَّاما، كان رجوعا، وإن لم يغير اسمها لم يكن رجوعا، لكن الزيادة لا تدخل في الوصية [الأولى][٥] على الأصح.

وفي الإبانة وغيرها وجهٌ: أن الزيادة تدخل.

وفي التتمة حكاية وجه: أن العمارة تكون رجوعا.

ولو جعل على الدار ساباطا، لم [يكن داخلا][٦] في الوصية، وهل يكون رجوعا فيما وضع عليه الساباط من حيطانها ؟ فيه وجهان.

قال: **وإن كان طعاما بعينه فخلطه بغيره**، أي: بحيث لا يمكن تمييزه، **كان رجوعا**؛ لأنه جعله على صفة لا يمكن تسليمه بعينه.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: البعض.
(٣) في د: برجوع.
(٤) زاد في د: يكون.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: يدخل.

وعن رواية أبي الفرج الزاز: أن الشيخ أبا زيد قال: إن خلطه بأجود منه كان رجوعا، وإلا فلا.

قال: **وإن كان قفيزا من صبرة، فخلطه بأجود منه، كان [ذلك]**[(١)] **رجوعا**؛ لأنه بالخلط أحدث زيادة لم يرض بتمليكها[(٢)].

قال: **وإن خلطه بمثله أو بما دونه، لم يكن رجوعا**؛ لأن القدر الموصى به كان مختلطا بغيره، فإذا خلطه بالمثل لم يحدث صفة زائدة، وإذا خلطه بما دونه تنزل منزلة إتلاف بعضه، وإتلاف بعضه[(٣)] ليس رجوعا[(٤)] في الباقي، وهذا يخالف الصورة السابقة؛ لأن الموصى به لم يكن مختلطا بغيره.

وقيل: إذا خلطه بما هو دونه يكون[(٥)] رجوعا، وإذا خلطه بالأجود لا يكون رجوعا، حكاه ابن يونس، وأبداه الرافعي تخريجا لنفسه من قولنا: إنه إذا استجد في الدار بناء، أنه يدخل في الوصية، ثم قال: وهو أقرب هنا وإن لم يذكروه.

ولو اختلطت الصبرة بنفسها، فهو على الخلاف في نظائره، صرح به المتولي.

قال الرافعي: وإذا أبقينا الوصية فالزيادة الحاصلة بالجودة غير متميزة، فتدخل في الوصية.

ولو جحد الموصي الوصية، كان رجوعا على ظاهر المذهب.

وقال الإمام: يتجه فيه نوع من الاحتمال من جهة أنه قد ينسى الوصية فينكرها، والإنكار إخبار وليس بإنشاء.

وحكى في باب التدبير وجهين في أن الإنكار هل يبطلها ؟ وكلام البندنيجي فيها يقتضي ترجيح عدم البطلان؛ فإنه حكى وجهين فيما إذا ادعى عبد على سيده أنه دبره، وأنكر التدبير، وقلنا: إنه وصية، هل يكون إنكاره رجوعا أم لا ؟ والمذهب: أنه ليس برجوع.

ولو قال الموصى: هي عليه حرام، كان رجوعا، جزم به في البحر، وقال الإمام فيما إذا قال: حَرَّمْتُ هذه العين على فلان، يعني [العين][(٦)] الموصى بها على الموصى له، فظاهر المذهب: أنه رجوع، ولو قال: هي لوارثي، كان رجوعا، ولو قال: هي من تركتي، فوجهان في الحاوي.

---

(١) سقط في التنبيه.
(٢) في جـ: بتملكها.
(٣) في د: البعض.
(٤) في د: برجوع.
(٥) في د: كان.
(٦) سقط في جـ.

ولو نقل الموصى به من بلد إلى بلد، [فإن كان المنقول إليه أقرب إلى الموصى له، لم يكن رجوعا، وكذا إن كان أبعد وكان لعذر][١]، فإن كان لغير عذر، فوجهان في البحر.

ولو أوصى له بألف وأشهد بها شاهدين، وأوصى له بألف وأشهد بها شاهدين، نظر: إن كان الثاني من جنس آخر، فهما وصيتان، وإن كان مثله، فهما وصية واحدة، وإن كان ما أوصى به ثانيا أكثر في القدر من الأول كما إذا أوصى له بألفين، لغت وصيته الأولى وثبتت الثانية.

ولو كانت الثانية أقل، كما إذا أوصى له بخمسمائة، ففيه وجهان [يبنيان][٢]:

[أحدهما: يثبت كلاهما][٣].

والثاني: تلغو الأولى وتثبت الثانية[٤]، قاله القاضي الحسين، وقال الرافعي: إن الوجه الثاني أشبه؛ لأنه يحتمل أنه قصد تقليل حقه والرجوع عن بعض الوصية الأولى، فلا يعطى إلا اليقين.

ولنختم الباب بفروع يسيرة تتعلق به:

- إذا أوفى في مرض موته دين بعض الغرماء، وعجز ماله عن وفاء باقي الديون، فأصح الوجهين وبه جزم الفوراني: أنه لا يعترض عليه.

وفيه وجه: أنه يسترجع منه ما يزيد على ما يخصه عند التوزيع.

- إذا ادعى شخص على أحد الوارثَيْن أن مورثهما أوصى له بكذا، فصدقه أحدهما وكذبه الآخر، فماذا يلزم المصدق ؟ فيه وجهان، كما لو أقر بدين فكذبه [الآخر][٥]، حكاه في البحر.

- [إذا أجاز الورثة بالثلث والأجنبى بالثلث][٦]، فإن أجاز الورثة الوصيتين سُلِّم لكل منهما الثلث، وإن ردوا، فلا شيء للوارث، ثم ينظر في كيفية الرد: إن ردوا وصية الوارث، سلم للأجنبي الثلث تماما.

وفيه وجه: أنه لا يسلم له إلا السدس، وإن قالوا: رددنا ما زاد على الثلث من الوصيتين، فوجهان:

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج.
(٤) زاد في د: بخمسمائة.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في د.

أحدهما - وهو الذي ذكره أبو حامد، ونسبه أبو الفرج الزاز إلى اختيار القفال والشيخ أبي علي والقاضي [الطبري][(١)]، كما حكاه في البحر-: أنه ليس للأجنبي إلا السدس.

والثاني: أن له تمام الثلث؛ لأن القائل بالرد في حق الأجنبي الزائد على الثلث، وفي حق الوارث الجميع؛ فكان الانصراف إلى نصيب الوارث [أولى][(٢)]، وهذا ما رجحه الإمام وجزم به في التهذيب، وقال في البحر: إن الشيخ أبا حامد قال: كنت أحكي أن له السدس، ثم رأيت [في][(٣)] ظاهر كلام الشافعي في الأم أن له الثلث. قال الروياني: وهذا أقيس.

إذا أجر المريض نفسه بدون أجرة المثل، لا يحتسب [القدر][(٤)] الناقص من الثلث على الأصح، بخلاف المرأة إذا تزوجت في مرض موتها بدون مهر المثل؛ فإن ذلك التفاوت يحسب من الثلث على الأصح، وفرق المتولي بينهما بفرقين:

أحدهما: أن النكاح من غير مهر المثل يقتضي مهر المثل، فإذا قال الولي: زوجتكها، وذكر ما دون مهر المثل، فكأنه أسقط العوض بعد ثبوته؛ فكان كالإبراء، وأما الإجارة فإنها لا تنعقد من غير ذكر العوض.

والثاني: أن المحاباة في المهر تلحق نوع عار بالورثة؛ فأثبت لهم ولاية الدفع، بخلاف المحاباة في الإجارة.

والوجه المذكور في اعتبار القدر الناقص عن أجرة المثل في الإجارة، [جار][(٥)] - كما حكاه القاضي الحسين - فيما إذا أعار نفسه في مرض موته، إذا باع بثمن مؤجل ولم يكن له مال غير المبيع، قال صاحب شرح فروع ابن الحداد: للورثة إبطال البيع في الثلثين، وكذلك إذا رهن جميع ماله لهم فَسْخُ الرهن في الثلثين.

- إذا أوصى بأمة لولدها من غيره، إن خرجت من الثلث وقبل الموصى له الوصية، عتقت عليه وإن رد بقية الورثة[(٦)]، وإن لم تخرج من الثلث، فالجواب في قدر الثلث كذلك، وأما الزائد عليه فإن أعتقه الوارث وهو موسر عتق عليه، ثم إن لم يقبل انتهاء الوصية فقد تبينا أن جميعها للوارث؛ فيسرى العتق من البعض الذي أعتقه إلى الباقي، وإن قبل عتق عليه ما قبل.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في ج.
(٦) في د: الوارث.

قال ابن الحداد: ولا يكون نصيب الوارث عليه، ولا نصيبه على الوارث.

أما الأول: فلأنه أعتق نصيبه قبل قبوله.

وأما الثاني: فلأنا نتبين بالقبول حصول ملكه بالموت، وتقدمه على إعتاق الوارث الزيادة.

قال الشيخ أبو علي: والصواب عند الأصحاب أن يقال: إن قلنا بحصول الملك [بالموت][١] ابتداء، وتبينا، فنقوم نصيب الوارث؛ لأنا تبينا استناد عتقه إلى وقت الموت، وعتق الوارث متأخر عنه، وإن قلنا بحصوله بالقبول فيعتق الكل على الوارث؛ لأنه يسرى من نصيبه إلى قدر الثلث، والقبول بعده كإعتاق الشريك الثاني بعد الأول وهو موسر، هذا إذا حكمنا بحصول السراية بنفس الإعتاق، فإن قلنا: لا يحصل إلا بعد أداء القيمة فقبوله كإعتاق[٢] الشريك الثاني نصيبه قبل أخذ القيمة، وفيه وجهان:

أحدهما: النفوذ؛ لأنه ملكه ما لم يأخذ القيمة.

وأصحهما: المنع؛ لأن الأول [استحق تقويمه عليه بالإعتاق][٣] وفي ذلك تفويت حق وجب له.

قلت: وقد يتجه أن يقال في المسألة، إذا قلنا بأن الملك لا يحصل إلا بالقبول، وقد نفذنا عتق الوارث[٤]: تبطل الوصية؛ لأن العتق إتلاف شرعي؛ فكان كالحس، وقد ذكرنا في الإتلاف الحسي أنه إذا وجد قبل القبول [وقلنا][٥]: لا يحصل الملك إلا بالقبول: أن الوصية تبطل.

إذا أوصى لرجل بدينار كل شهرين من غلة داره، أو من كسب عبده، وجعله بعده لوارثه أو للفقراء، والغلة والكسب عشرة مثلا، فاعتبار هذه الوصية من الثلث كاعتبار الوصية بالمنافع مدة معلومة؛ لبقاء بعض المنافع لمالك الرقبة، قال ابن الحداد: وليس للورثة بيع بعض الدار [إلا قدر][٦] ما يحصل منه دينار؛ لأن الأجرة قد تتفاوت فتعود كل الأجرة إلى دينار أو أنقص منه؛ فيكون الجميع [للموصى له][٧].

ولو أوصى بعشر الغلة في كل سنة، صح منهم بيع ما عدا عشر الدار.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: كعتق.
(٣) في جـ، د: بإعتاق نصيبه استحق تقويمه عليه.
(٤) زاد في جـ: أن.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: ويدع.
(٧) سقط في جـ.

ولو أوصى لإنسان بدينار كل سنة من ماله، قال الإمام: صحت الوصية في السنة الأولى بدينار، وفيما بعدها قولان:

أحدهما: الصحة، وبمثله جزم في الإشراف فيما إذا قال: أعطوه كل يوم من الطعام مُدًّا بعد موتي.

وأظهرهما: البطلان؛ لأنه لا يعرف قدر الموصى به حتى يخرج من الثلث، وعلى الأول إذا لم يكن ثم وصية أخرى، فللورثة التصرف في الثلثين، وفي الثلث وجهان:

أحدهما: ينفذ تصرفهم فيه بعد إخراج الدينار؛ لأنا لا ندري استحقاق الموصى له شيئا سواه.

والثاني: أنه يوقف، [وهما كذلك في الوصية بالطعام، كما حكاه في الإشراف، وحكى وجهين آخرين:

أحدهما: أنه يوقف له لتتمة سبعين سنة.

وقيل: يعطى سنة.

ومثلهما يظهر مجيئه في مسألة الدينار، والذى اقتضاه إيراده: ترجيح قول الوقف مطلقا][(١)]؛ فعلى هذا: إن بقي الموصى له حتى نفدت التركة فذاك، وإن مات قبل نفاذها، قال الأصحاب: عاد الفاضل في مسألة الدينار لورثة الموصى، وقال الإمام: فيه نظر؛ لأن هذه الوصية إذا صححناها كالوصية بالثمار بلا نهاية؛ فوجب أن ينتقل الحق إلى الورثة، وإن نفذنا تصرف الوارث فيما عدا الدينار، فكلما مضت سنة طلب الموصى له الورثة بدينار، وكان ذلك لوصية تظهر بعد القسمة.

وإن كان هناك وصايا أخر، قال صاحب التهذيب: يُفَضُّ الثلث بعد الدينار على أرباب الوصايا ولا يوقف، فإذا انقضت سنة أخرى، استرد منهم بدينار ما يقتضيه التقسيط.

قال الإمام: وهذا [بين][(٢)] إذا كانت الوصية مقيدة بحال حياة الموصى له، أما إذا لم تقيد وأقمنا ورثته بعد موته مقامه، فهذا مشكل [لا يهتدي إليه][(٣)]، والله - عز وجل - أعلم.

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في ج. (٣) سقط في ج.

باب العتق

العتق في الشرع: إزالة ملك عن رقبة آدمي لا إلى مالكٍ؛ تقربًا لله تعالى[(١)].

واحترزنا بقولنا: «عن رقبة آدمي» عن عتق البهائم؛ فإنه غير نافذ على الأصح.

وقيل: إنه إخراج النسمة[(٢)] من ذل الرق إلى عزِّ الحريَّة، وهو عند الأزهري مأخوذ من قولهم: عتق الفرس، إذا سبق ونجا، وعتق فرخ الطائر، إذا طار واستقلَّ. فكأن العبد إذا فكت رقبته من الرق - وهو: الملك - تخلص فذهب حيث شاء.

وقيل: إنه مأخوذ من قولهم: عتق فرخ الطائر، إذا قوى على الطيران؛ فكأنه بالعتق قوى على التصرفات.

قال صاحب «المحكم»: يقال[(٣)]: عَتَقَ يعْتِقُ، عِتقًا وعَتْقًا - بكسر العين وفتحها - وعَتَاقًا وعَتَاقة؛ فهو عَتِيق، وهم عُتَقَاء، [وأعتقته؛ فهو مُعْتَق وعتيق، وهم عتقاء][(٤)]، وأمة عَتِيقٌ وعتيقة، وإماء عتائق. وحلف بالعَتَاق، أي: الإعتاق.

وزاد الجوهري فقال: عتُق، فهو عتيق وعاتق، ويقال: رَقَقْتُ العبد أَرُقُّه؛ فهو مرقوق.

قال: العتق قربة مندوب[(٥)] إليها.

الأصل في ذلك قبل الإجماع من الكتاب قوله - تعالى-: ﴿فَلَا ٱقۡتَحَمَ ٱلۡعَقَبَةَ ١١ وَمَآ أَدۡرَىٰكَ مَا ٱلۡعَقَبَةُ ١٢ فَكُّ رَقَبَةٍ ١٣﴾ [البلد: ١١ - ١٣]، وقوله - تعالى-: ﴿وَإِذۡ تَقُولُ لِلَّذِيٓ أَنۡعَمَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِ﴾ [أي بالإسلام][(٦)] ﴿وَأَنۡعَمۡتَ عَلَيۡهِ﴾[(٧)]

---

(١) قوله: «العتق في الشرع: إزالة ملك عن رقبة آدمي لا إلى مالك؛ تقربًا لله تعالى». انتهى.
وهذا الحد يرد عليه الوقف؛ فإن الملك فيه لله -تعالى- كما أن الحر كذلك، وأيضًا فالعتق هو الزوال، وأما الإزالة، فتفسير للإعتاق، لا للعتق، وقد ذكر بعد هذا أن عتق الكافر ليس بقربة، إلا أنه قد يجاب عن هذا: بأن الكافر قصد التقرب، وإن لم يصح له ما قصده. [أ و].

(٢) في د: الرقبة.
(٣) في جـ: وقال.
(٤) سقط في د.

(٥) في جـ: مندوبة.
(٦) سقط في جـ.

(٧) زاد في جـ: أمسك عليك زوجك.

[الأحزاب: ٣٧] أي: بالإعتاق، وكانت[(١)] قد نزلت في شأن زيد بن حارثة؛ فإن النبي ﷺ تبناه وأعتقه، ومن ثَمَّ سمى المولى المعتِق: مُنْعِمًا.

ومن السنة: ما روى أبو داود عن أبي نجيح [قال][(٢)] سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أَيُّمَا رَجُلٍ مُسْلِمٍ أَعْتَقَ رَجُلًا مُسْلِمًا، فَإِنَّ اللهَ - عَزَّ وَجَلَّ - جَاعِلٌ وِقَاءَ كُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِهِ عَظْمًا مِنْ عِظَامِ مُحَرِّرِه مِنَ النَّارِ، وأَيُّمَا امْرَأَةٍ أَعْتَقَتِ امْرَأَةً مُسْلِمَةً، فَإِنَّ اللهَ جَاعِلٌ وِقَاءَ كُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِهَا [عَظْمًا مِنْ عِظَامِ][(٣)] مُحَرِّرِها مِنَ النَّارِ يَوْمَ القِيَامَةِ»[(٤)] وأخرجه النسائي وابن ماجه، وقال الترمذي: حديث حسن [صحيح. وأبو نجيح: هو عمرو بن عبسة[(٥)] السلمي.

وقد جاء في حديث خرجه أبو داود والنسائي][(٦)] وابن ماجه، عن شرحبيل بن السمط، عن كعب بن مرة - أو مرة بن كعب - أنه ﷺ قال: «وَأَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ امْرَأَتَيْنِ[(٧)] إِلَّا كَانَتَا فِكَاكَهُ مِنَ النَّارِ، يُجْزِئُ مَكَانَ كُلِّ عَظْمَيْنِ[(٨)] مِنْهُمَا عَظْمٌ مِنْ عِظَامِهِ»[(٩)]، وقد ضبط بعضهم «السمط» بكسر السين وإسكان الميم.

و[(١٠)]ما روى مسلم عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ [أنه][(١١)] قال: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً، أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْوًا مِنْ أَعْضَائِهِ مِنَ النَّارِ، حَتَّى فَرْجَهُ بِفَرْجِهِ»[(١٢)].

---

(١) في جـ: فكانت. (٢) سقط في جـ. (٣) سقط في د.

(٤) أخرجه أحمد (٤/ ١١٣)، وأبو داود (٢/ ٤٢٤) كتاب العتق، باب: أي الرقاب أفضل (٣٩٦٥)، والنسائي (٦/ ٢٦) كتاب الجهاد، باب: ثواب من رمى بسهم في سبيل الله عز وجل، وابن ماجه (٤/ ٣٤٦) مختصرًا، كتاب الجهاد، باب: الرمي في سبيل الله، برقم (٢٨١٢).

(٥) في ب: عبيسة، وهو خطأ. (٦) سقط في د.

(٧) زاد في د، ب: مسلمتين. (٨) في د: عظمتين.

(٩) أخرجه أحمد (٤/ ٢٣٥)، وعبد بن حميد (٣٧٢) وأبو داود (٢/ ٤٢٥) كتاب العتق، باب: أي الرقاب أفضل، برقم (٣٩٦٧)، وابن ماجه (٤/ ١٤٥) كتاب العتق، باب: العتق (٢٥٢٢) والنسائي في الكبرى (٣/ ١٦٩) كتاب العتق، باب: فضل العتق.

(١٠) زاد في جـ: هو. (١١) سقط في د، ب.

(١٢) أخرجه البخاري (١٣/ ٤٦٢) كتاب كفارات الأيمان، باب: قول الله تعالى: ﴿أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: ٨٩] (٦٧١٥)، ومسلم (٢/ ١١٤٧)، كتاب العتق، باب: فضل العتق (٢٣/ ١٥٠٩).

وغير ذلك من الأخبار، وخصت «الرقبة» بالذكر دون سائر الأعضاء؛ لأن ملك السيد لعبده كالحبل في الرقبة، وكالغُلِّ هو [به مُحْتَبَسٌ](١) كما تحبس(٢) الدابة بحبل في عنقها؛ فإذا أعتق فكأنه أطلق من ذلك، ولأن في العتق فكاكًا من ذلِّ الرق بعز الحرية، وكمال الأحكام بعد نقصانها، والتصرف في نفسه بعد المنع منه، وتملك الرقبة(٣) بعد حظره(٤) عليه، فكان من أفضل القرب من المعتق، وأجزل النعم على المعتق(٥)، ولأن الله - تعالى - كفّر به الذنوب(٦) وجبر به المأثم، ومحص به الخطايا، وما هو بهذه الحالة فهو عند الله عظيم.

ثم محل كون العتق قربة إذا كان منجزًا، أما «إذا كان معلقًا»(٧) فليس بعقد قربة، وكذلك الإيصاء ليس بعقد قربة، بخلاف التدبير؛ حكاه الرافعي في كتاب الصداق، في مسألة الرجوع بنصفه(٨).

قال(٩): **ولا يصح [إلا](١٠) من مطلق التصرف في ماله**؛ لأنه تصرف في المال في حال الحياة فأشبه الهبة، وقد تقدم حكاية قول في صحة عتق المفلس موقوفًا على فك الحجر [عنه](١١) وبقاء المعتق في ملكه، وحكاية وجه(١٢) في

---

(١) في جـ: محتبس به.
(٢) في جـ: تعتبس.
(٣) في د، ب: الملك.
(٤) في د، ب: حصره.
(٥) في د، ب: العتق.
(٦) في ب: الديون.
(٧) في د، ب: العتق المعلق.
(٨) قوله: «ثم محل كون العتق قربة، إذا كان منجزًا، أما العتق المعلق فليس عقد قربة، وكذلك الإيصاء ليس بعقد قربة، بخلاف التدبير، حكاه الرافعي في كتاب الصداق في مسألة الرجوع بنصفه». انتهى كلامه.
واعلم: أن العتق حيث وقع، كان قربة بلا نزاع؛ سواء كان منجزًا أو معلقًا. والكلام الآن فيه؛ ولهذا فسره بقوله: إزالة ملك، وأما تعليق العتق، فهو الذي يمكن أن يقال فيه: إنه ليس قربة، وهو الذي صرح به الرافعي هناك، فإنه نقل عن الشيخ أبي محمد: أن تدبير العبد يمنع الرجوع في نصفه، بخلاف تعليق عتقه، ثم قال: وفرَّق بأن التدبير قربة محضة، وتعليق العتق ليس عقد قربة، وإنما يقصد به منع أو حث، هذه عبارته، وهو كلام مستقيم، فالتبس على المصنف تعليق العتق بالعتق المعلق.
ولقائل أن يقول: لا نسلم أن التعليق ليس قربة، بل القياس أن يأتي فيه ما قد قيل في النذر، وقد ذكرت ذلك في كتابنا المسمى بـ«المهمات» مبسوطًا، وجمعت فيه من كلام الأئمة ما لم يقع في غيره، ولم يخطر للناظر وقوعه، وحررت ذلك ونقحته، فليطالع منه. [أ و].
(٩) في جـ: قلت.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) في جـ: أقول.

صحة عتق الصبي والسفيه في مرض الموت؛ إذا صححنا[١] وصيتهما، ولا فرق في مطلق التصرف بين أن يكون مسلمًا أو كافرًا، ولا في الكافر بين أن يكون ذميًّا أو حربيًّا، والمعتق مسلم أو حربى، كما صرح به ابن الصباغ وغيره. نعم، عتق الكافر ليس بقربة منه، كما حكاه الرافعي عقيب الكلام في أن الملك في الموقوف لمن[٢] يكون؟

قال: **ويصح بالصريح والكناية كالطلاق.**

قال: **وصريحه: العتق والحرية**؛ لأنه يثبت[٣] لهما عرف الشرع[٤] والاستعمال.

وصورته أن يقول: أعتقتك أو: أنت معتق، أو: عتيق، أو: حررتك، أو: أنت حر، [أو: محرر][٥]، ولا فرق بين أن يأتي بهذه الألفاظ على قصد إيقاع العتق أو لا؛ لقوله ﷺ: «ثَلاثَةٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وهَزْلُهُنَّ جِدٌّ....»[٦] وعد من جملتها: العتق.

فرع: لو كانت أمته تسمى حرة قبل جريان الرق عليها، فقال لها: «يا حرّة» على قصد النداء - لم تعتق، وإن أطلق، فوجهان، أشبههما: عدم العتق[٧].

---

(١) في د، ب: جوزنا. (٢) في جـ: لم. (٣) في جـ: ولا.
(٤) في جـ: الشيوع. (٥) في جـ: ومحرر.
(٦) أخرجه أبو داود (١/ ٦٦٦) كتاب الطلاق، باب: في الطلاق على الهزل (٢١٩٤) والترمذي (٣/ ٤٩٠) كتاب الطلاق باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق (١١٨٤) وابن ماجه (١/ ٦٥٧) كتاب الطلاق باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبًا (٢٠٣٩)، والدارقطني (٣/ ٢٥٦، ٢٥٧)، باب: المهر (٤٥، ٤٧)، (٤/ ١٨، ١٩) كتاب الطلاق (٥٠، ٥١)، والحاكم (٢/ ١٩٨) وقال الحاكم: صحيح الإسناد وعبد الرحمن بن حبيب هذا هو ابن أردك من ثقات المدنيين. وتعقبه الذهبي بقوله في عبد الرحمن هذا: «فيه لين»
(٧) قوله: فرع: لو كانت أمته تسمى حرة، قبل جريان الرق عليها، فقال: لها يا حرة، على قصد النداء - لم تعتق، وإن أطلق، فوجهان، أشبههما: عدم العتق. انتهى كلامه.
و الذي ذكره -رحمه الله- غلط، سلم منه في شرح الوسيط، وسبب الغلط الانتقال من كلام الرافعي من مسألة إلى مسألة، فإن الرافعي ذكر مسألتين فقال: ولو كانت أمته تسمى قبل جريان الرق عليها: حرة، فقال لها: يا حرة، فإن لم يخطر له النداء باسمها القديم، عتقت لا محالة، وإن قصد نداءها به، فوجهان.
ذهب القاضي الحسين، والغزالي: إلى أنها تعتق؛ لأن اللفظ صريح في بابه، وإن كان اسمها في الحال حرة، وقال: يا حرة، فإن قصد النداء لم تعتق، وإن أطلق فوجهان: أشبههما: أنها لا تعتق. انتهى كلامه ملخصًا.
فأخذ المصنف تصوير المسألة الأولى وجواب الثانية وحذف ما بينهما؛ إما لانتقال نظره، وإما
=

[وإن قال لها ذلك في معرض التوبيخ لم تعتق، وإن لم يكن اسمها حرة، جزم[(١)] به القاضي الحسين قبل إقرار الوارث][(٢)].

قال: والكناية قوله: لا ملك لي عليك، ولا سلطان لي عليك، ولا سبيل لي عليك، وأنت لله، وأنت طالق، وأنت حرامٌ، وحبلك على غاربك، وما أشبه ذلك أي: كقوله: لا رق لي عليك، أو: لا[(٣)] حكم لي عليك، أو: لا يد، أو: لا أمر، أو: لا خدمة، أو: أنت سائبة - كما صرّح [به][(٤)] ابن الصباغ وغيره - أو: أنت مولاتي[(٥)] - كما قال في «التهذيب» - أو: أنت سيدتي عند الإمام دون القاضي الحسين؛ لأن ذلك يحتمل العتق وغيره، وفي قوله للجارية: أنت عليَّ كظهر أمي، أو أنا منك حُرٌّ - وجهان في أن ذلك كناية أو ليس بكناية، والمختار في «المرشد» في الأولى: الثاني، والأول هو الذي قال به أكثر أصحابنا في الثانية؛ كما قاله في «المهذب» في كتاب: الطلاق.

وما عدا ذلك من صرائح الطلاق وكناياته فهو كناية في العتق، قاله في «التهذيب» و«تعليق» البندنيجي، وجعل في «التتمة» في أول كتاب: «الصلح» قول السيّد لعبده: «ملكتك رقبتك»[(٦)] كناية، حيث قال: لا يعتق من غير نيَّة، وهو ما حكاه في «البحر» عن «الأم»، وألحق به ما إذا قال: ملكتك[(٧)] على نفسك، فإذا أراد العتق وقع.

وجزم في «التهذيب» و«تعليق» القاضي الحسين بأنه إذا قال: وهبتك نفسك، أو: ملكتك [نفسك][(٨)]، وقبل في المجلس - بالعتق، وأنه إذا لم يقبل في المجلس لم[(٩)] يعتق.

واعلم أن ضابط الكناية: هو كل لفظ محتمل شيئين فصاعدًا، يقال: كنيت بكذا عن كذا وكنَوت، حكاهما الجوهري وغيره، وهو كانٍ وقومٌ كانُون. ومعنى قوله: حبلك على غاربك، قد بينته في كتاب «الطلاق» .

= لغلط نسخته. وقد أهمل الرافعي والمصنف قسمًا ثالثًا وهو ما إذا لم يكن اسمها حرة، لكن قال: أنا أسميها بذلك، ثم قال: يا حرة، وقصد النداء، قال الغزالي: الظاهر أنها لا تعتق. [أ و].

(١) في ب: صرح.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: ولا.
(٤) سقط في د.
(٥) في ج: مولاة.
(٦) في د: قبيل.
(٧) في د، ب: ملكت.
(٨) سقط في ج.
(٩) في د: لا.

قال: وفي قوله: فككت رقبتك وجهان:

أحدهما: أنه صريح؛ لأنه قد ورد به القرآن الكريم في قوله - تعالى-: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١٣].

والثاني: أنه كناية؛ لأنه يستعمل في العتق وغيره، وهذا هو الأصح في «الجيلي».

والأول جزم به البندنيجي، وقال في «البحر»: إنه ظاهر المذهب، نص عليه في «الأم»، لكنه صور المسألة بما إذا قال: «فككت رقبتك من الرق»، ثم حكى [عن][(١)] بعضهم الوجهين فيه أيضًا.

ومادة هذا الخلاف: [أن ما][(٢)] ورد في القرآن مرة واحدة ولم يتكرر على لسان حملة الشريعة، هل يكون صريحًا أو كناية؟ وسيأتي الكلام فيه في كتاب[(٣)] الطلاق، إن شاء الله تعالى.

فرع: لو قال لعبده: «أعتقك الله»، قال القاضي الحسين: لا يعتق؛ لأنه دعاء له بالإعتاق.

وجزم العبادي في «الزيادات» بأنه يعتق، وطرده فيما إذا قال لامرأته: «طلقك الله»؛ لأن الله لا يطلق، [إلَّا وهي][(٤)] طالق.

وقال القاضي: إذا قال لعبده: «أعتقك الله»، فالظاهر أن هذا صريح في العتق[(٥)].

قال: [ويقع العتق][(٦)] **بالصريح من غير نيّة**؛ لأن حقيقة الصريح في الشيء: ما لا يفهم منه غيره عند الإطلاق، مأخوذ من قولهم: «نسب صريح» أي: خالص، لا خلل فيه، وإذا كان كذلك فلا معنى لتقويته بالنيّة.

---

(١) سقط في ب.
(٢) في جـ: إنما.
(٣) في جـ: باب.
(٤) في جـ: وإلا هي.
(٥) قوله: لو قال لعبده: أعتقك الله، قال القاضي الحسين: لا يعتق؛ لأنه دعاء له بالإعتاق، ولو قال: الله أعتقك؛ فالظاهر أن هذا صريح في العتق. انتهى كلامه.
اعلم: أن هذا التفصيل قد ذكره القاضي حسين في تعليقه في باب: تدبير الصبي الذي لا يعقل ولم يبلغ، وهو قبل باب الكتابة بقليل، وخالف ذلك في فتاويه، فنقل هذه التفرقة عن بعضهم، ونقل عن العبادي أنه يعتق فيهما، ثم قال: وعندي لا يعتق في الموضعين. هذا لفظه. [أ و].
(٦) في د، ب: ويعتق العبد.

قال: **ولا يقع بالكناية**[١] **إلَّا بالنية**؛ لأن اللفظ [فيها][٢] محتمل للعتق وغيره، فافتقر في الصحة إلى النية؛ لأجل التمييز، كما في الإمساك في الصوم.

ولا فرق في ذلك بين أن يحتف[٣] بالكناية قرينة أم لا.

[قال][٤] **ويجوز أن يعلق العتق على الأخطار والصفات: كمجيء الأمطار، وهبوب الرياح، وغير ذلك من الصفات** أي: كقدوم زيد، ومجيء الشهر، ودخول الدار، ونحو ذلك؛ لأنه تعليق قربة سارية على صفة؛ فجاز قياسًا على التدبير، وقولنا: «سارية»، يخرج الوقف.

فروع:

لو قال لأمته: «إذا ولدت ولدًا فهو حرٌّ»، فإن كانت حاملًا حال التعليق [فولدت ولدًا حيًّا عتق، وإن ولدته ميتًا ثم حملت[٥] وولدت حيًّا لم يعتق، وإن كانت حائلًا وقت[٦] التعليق][٧] ثم حملت ووضعت فهل تعتق؟ فيه وجهان، المذهب منهما في «تعليق» البندنيجي: أنه لا تعتق، ووجه حصول العتق - [وهو الأشبه في «الرافعي»][٨] -: أنه مالك للأصل حالة التعليق.

لو قال: إن ولدت أولًا ذكرًا فهو حر، وإن ولدت أولًا أنثى فأنت حرة، فولدت ذكرًا وأنثى-: فإن خرجا معًا لم يعتق واحد منهما، وكذا لو خرج ذكران معًا أو أنثيان[٩] معًا، [وإن خرج غلام وجارية][١٠] أحدهما بعد الآخر: فإن كان السابق الغلام عتق خاصة، وإن كانت الجارية عتقت الأم [والغلام؛ لأنه في حال عتق الأم كان جنينًا فيتبعها في العتق، ولا تعتق الأنثى بخروجها قبل عتق الأم][١١]، فلو أشكل الحال: فإن كان [الإشكال في أنهما خرجا معًا، أو أحدهما قبل الآخر فلا عتق، وإن تحقق خروج][١٢] أحدهما بعد الآخر وأشكل السابق، فعن ابن الحداد: أنه يقرع بين الغلام والأم، فإن خرجت على الأم عتقت هي والغلام، وإن خرجت على الغلام رقت الأم، وقد وافقه بعض الأصحاب على ذلك،

---

(١) في د، ب: في الكناية. (٢) سقط في ج. (٣) في د: يجب.
(٤) سقط في ج. (٥) في ج، د: ولت. (٦) في ب: حال.
(٧) سقط في د. (٨) سقط في ج، د. (٩) في ج: سبتان.
(١٠) في ج: ولو خرج ذكر أو أنثى.
(١١) سقط في ج. (١٢) سقط في د.

وصححه القاضي أبو الطيب، وقد استشهد له بما [إذا][1] قال: إن كان هذا الطائر غرابًا فزوجته طالق، وإن لم يكن غرابًا فعبده حرٌّ، فإنه [عند اللبس يقرع][2] بينهما لأجل الحريّة، وإن كانت القرعة لا تفيد في الطرف الآخر، والذى ذهب إليه الأكثرون - وهو الأصح في «التهذيب»-: أن القرعة لا معنى لها في هذه الصورة.

قال في «التهذيب» : لأن القرعة إنما تكون في موضع يتحقق الوقوع[3]، [ثم يشكل][4]، وهنا لم يتحقق الوقوع فلا قرعة[5]؛ كما لو طار طائر فقال رجل: إن كان هذا غرابًا فعبدى حُرٌّ، وإن لم نتبين[6] لا يقرع للحرية.

ووجهه الإمام: بأن القرعة [إنما تجرى][7] إذا تردد العتق بين شخصين، ورددنا العتق بينهما قصدًا، وأشكل الأمر، وليس الأمر كذلك في هذه المسألة؛ فإن[8] الغلام لم يحصل في معاوضة[9] الجارية، فالوجه أن يقال: الغلام حُرٌّ بكل حال، والأم أشكل أمرها؛ فالأصل بقاء [الرق فيها][10]، وبما ذكرناه عن الإمام من العلة يظهر الفرق بين هذه المسألة، وبين ما صار إليه جمهور الأصحاب فيما إذا أشار شخص إلى أمة لها ثلاثة أولاد، وقال: أحد هؤلاء ولدي، استولدتها به في ملكى - أنه يقرع بين الأولاد الثلاثة مع أن الأصغر [حرّ][11] بكل حال؛ فتكون فائدة القرعة: أنها لو خرجت[12] عليه [اقتصر العتق عليه][13]، وإن خرجت على غيره عتق مع غيره، وغلطوا المزني في قوله معترضًا على نص الشافعي - رضي الله عنه-: «كيف يدخل الصغير في القرعة وهو حر بكل حال؟!»؛ لأجل ما أبدوه من الفائدة، على أن في النفس من تسليم ما ادعاه الإمام شيئًا.

إذا قال: أول عبد من عبيدي يدخل الدار فهو حرّ، فدخل واحد عتق، وإن لم

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د، ب: يقرع عند عدم التبين.
(٣) في جـ: العتق.
(٤) في د، ب: وأشكل.
(٥) في جـ: وقوع.
(٦) في جـ: يبين، وفي د: يتبين.
(٧) في جـ: لا تجزي، إنما.
(٨) في ب، د: وإن.
(٩) في جـ: معارضته.
(١٠) في حـ بقاء رقها.
(١١) سقط في ب.
(١٢) زاد في جـ: القرعة.
(١٣) في جـ: اقتصرت عليه.

يدخل ثان على الأصح، وهو ما ادعى الشيخ أبو على نفى الخلاف في نظيره، حيث قال: لو قال: [إن كان](١) أول ولد تلدينه من هذا الحمل ذكرًا فأنت طالق، فولدت ولدًا ولم تلد غيره-: إنه لا يختلف أصحابنا أنه يقع الطلاق، وليس من شرط كونه أولًا أن تلد بعده(٢) آخرًا، وإنما الشرط ألاَّ [يتقدمه غيره](٣).

و[حكي في «التتمة» وجهًا: أنه لا](٤) يقع الطلاق، [قال:](٥) والأول يقتضي آخرًا كما أن الآخر يقتضي أولًا. وهذا قد حكي مثله في مسألتنا أيضًا، وإيراد بعضهم يقتضي ترجيحه.

ولو دخل اثنان معًا، ثم دخل واحد - لم يعتق واحد منهم؛ لأن اسم الأول لمفرد حكاه في «التتمة» في الفصل الرابع من بيان القسمة من كتاب الوصية.

لو قال: آخر عبد من عبيدى يدخل الدار فهو حرٌّ، [فدخل واحد ثم واحد، وهكذا](٦) - لم يعتق أحد(٧) ما دام الحالف حيًّا؛ لجواز أن يدخل بعدهم غيرهم، فإذا مات تبيَّنَّا(٨) عتق آخر من دخل منهم قبل [موت السيّد](٩) إذا كان موجودًا حين اليمين، فلو كان آخرهم دخولًا من لم يكن في ملكه حال اليمين فالذى يظهر أن يقال: لا يعتق واحد منهم؛ لأن الموجودين لم توجد الصفة في واحد منهم، والذى وجدت فيه الصفة لم يكن حين التعليق في ملكه؛ فلم يقع(١٠).

---

(١) سقط في ب، د.
(٢) في جـ: معه.
(٣) في ب، د: يتقدم عليه.
(٤) في د: حكى مسألة في مسألتنا أيضًا.
(٥) سقط في د، ب.
(٦) سقط في ب، د.
(٧) قي ب، د: واحد منهم.
(٨) في جـ: ثبتنا.
(٩) في ب، د: موته.
(١٠) قوله: فلو قال: آخر عبد من عبيدي يدخل الدار، فهو حر، فدخل واحد، ثم واحد، وهكذا لم يعتق واحد منهم ما دام الحالف حيًّا؛ لجواز أن يدخل بعدهم غيرهم، فإذا مات، تبينا عتق آخر من دخل منهم قبل موته، إذا كان موجودًا حين اليمين، فلو كان آخرهم دخولًا من لم يكن في ملكه حال اليمين؛ فالذي يظهر أن يقال: لا يعتق واحد منهم؛ لأن الموجودين لم توجد الصفة في واحد منهم، والذي وجدت الصفة فيه، لم يكن - حين التعليق - في ملكه؛ فلم يقع. انتهى كلامه.
لقائل أن يقول: المتجه وقوع العتق على آخر من دخل ممن هو في ملكه حال التعليق؛ لأن اليمين لا ينعقد على من سيحلف، بل على الموجودين، والموجودون في ملكه قد علم دخول آخرهم. [أ و].

قال: **وإذا علق العتق على صفة لم يملك الرجوع فيه بالقول**؛ لأنه تعليق قربة، فلم يملك الرجوع فيها بقول؛ كاليمين والنذر، فإذا وجدت الصفة نفذ العتق، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المعلق في تلك الحالة مجنونًا أو سفيهًا، ولو كان محجورًا عليه بفلس، قال القاضي الحسين: فالأصح [من المذهب](١): أن الاعتبار بوقت وجود الصفة. ومن أصحابنا من قال: قولان؛ كما في مسألة الطلاق والعتاق.

إذا علق وكان المعلق صحيحًا، ثم وجدت الصفة(٢) في حال المرض - فأصح القولين في «التهذيب»: أن الاعتبار بحال التعليق، وكذلك هو في «تعليق» القاضي في موضع آخر من كتاب العتق أو التدبير، فإن قلنا: الاعتبار بحال وجود الصفة، لم يعتق.

قال القاضي: إلاَّ على قولنا: إن تصرف المحجور عليه بالفلس [يكون موقوفًا](٣)؛ فهاهنا يكون موقوفًا، وإن قلنا: الاعتبار بيوم التعليق - وهو مذهب العراقيين - فنصيبه يعتق لا محالة، وهل يسرى؟ إن قلنا: إن الدين يمنع السريان، امتنع، وإلاّ سرى، وضارب الشريك الغرماء.

قال: **ويملك التصرف بالبيع وغيره**، أي: كالهبة مع الإقباض، وجعله صداقًا، وبدلًا في الخلع، وعن دم العمد وغير ذلك؛ لأنها قربة علقت على شرط فجاز الرجوع فيها بالفعل المزيل الملك؛ كالتدبير، وقد خالف [الرجوع في](٤) العتق الرجوع في الهبة من الولد؛ حيث لا يصح(٥) هناك بالفعل على الأصح، [ويصح بالقول](٦).

وفرّق الأصحاب: بأن الابن ملك الموهوب ملكًا تامًّا، فكان الرجوع ابتداء تمليك؛ فاختص بما يملك به الأموال المنتقلة عن الغير، وهو اللفظ؛ فإنه لو جاز بالفعل لكان فيه بيع ملك الغير، أو تقدير انتقال الملك قبله(٧)، وذلك إنما يصار إليه للضرورة، ولا ضرورة، وهنا التصرف واقع في ملكه؛ فاكتفى فيه بالفعل.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في ب، د: صفته.
(٣) في جـ: موجود.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: يصبح.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في ب، د: قبيله.

وقد ألحق البندنيجي بما ذكرناه: الرهن مع الإقباض، وقد ذكرنا حكمه في كتاب الرهن والوقف.

إن قلنا: يزيل الملك كالبيع، وإلا فيعتق عند وجود الصفة، قاله القاضي الحسين في كتاب: الوقف[١]، [ويتجه تخريجه على أن الاعتبار بماذا لو أخر المعلق عتقه بصفة عتق[٢] عند وجودها وانفسخت الإجارة؟ قال القاضي حسين: في كتاب الوقف][٣] بخلاف ما لو أعتق العبد المستأجر ابتداء: لا تنفسخ [الإجارة][٤]؛ لأن هاهنا وجد سبب الإعتاق قبل الفعل[٥].

قال: فإن باعه ثم اشتراه لم تعد الصفة؛ لأن الملك الذي وجد فيه التعليق قد زال بآثاره، وبزواله بطلت الصفة، والملك الجديد[٦] غير مبنى على الأول، والعتق علق قبله فلم يقع فيه؛ كما لو علق عتق عبد على ملكه، وما ذكرناه من الخلاف عن القديم والجديد في نظير المسألة من الطلاق مذكورٌ بعينه هنا، وقد صوّر [بعضهم محل][٧] القول الثالث في الطلاق هنا: بأن يعلق[٨] الذمى عتق عبده [الكافر][٩]، فيلتحق المعتق والمعتق بدار الحرب، [وكان قد نجَز عتقه قبل الإلحاق][١٠] ثم يملك السيد عبْده بالقهر والغلبة قبل وجود الصفة، ثم يؤخذ وهو في هذا الملك، [ولو باعه ثم وجدت الصفة ثم اشتراه، فقياس ما تقدم في الطلاق: ألا يعتق، وفي «البحر» في كتاب الأيمان: أن ابن أبي هريرة قال: يعتق ويقبض البيع ويرجع بثمنه؛ لاستحقاق عتقه قبل بيعه. قال: وهذا غلط؛ لأن نفوذ البيع أوجب زوال ملكه][١١].

قال: وإن علق العتق على صفة مطلقة، فمات السيد بطلت الصفة، صورة المسألة أن يقول: إذا وقع المطر أو قدم زيد فأنت حر، ثم مات السيّد، ووجد ذلك بعد موته، وإنما بطلت الصفة؛ لأن وجودها[١٢] يحتمل أن يحصل في حياته

---

(١) في جـ: الوصية.
(٢) زاد في ب: عبد.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في ب، د.
(٥) في ب، د: العقد.
(٦) في ب، د: المتجدد.
(٧) في د: القفال على، وفي ب: القفال محل.
(٨) في د: تعلق، وفي ب: تعليق.
(٩) سقط في ب.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) في د: وجود هذا.

وبعد وفاته[١]، وتصرّف الإنسان مقصور على حال الحياة؛ فحمل إطلاق الصفة عليه.

قال: وإن علق على صفة بعد الموت، أي: مثل أن قال: إذا مت ودخلت الدار، أو خدمت فلانًا كذا، وما جانس ذلك فأنت حر، [ثم مات][٢] السيد - لم تبطل الصفة، أي: فإذا وجدت عتق؛ لأنه يملك[٣] العتق بعد الموت من الثلث بالتدبير، فملك عقده على صفة [بعد الموت في الثلث، كما أنه لما ملك العتق][٤] في حال الحياة من رأس المال ملك [عقده على صفة في حال الحياة من رأس المال][٥].

قال: **وإن أتت الجارية التي علق عتقها على صفة، بولد** - أي: من نكاح أو زنى - **تبعها الولد في أحد القولين**؛ كولد أم الولد، **ولا يتبعها في الآخر، وهو الأصح**؛ لأنه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر إلى الولد؛ كالرهن، والوصيّة، والهبة.

وحكى القاضي الحسين عن بعضهم في كتاب التدبير: القطع به[٦]، وهذا الخلاف في الولد الذي يحدث العلوق به بعد التعليق، أما إذا كان موجودًا عند التعليق فهو تابع لها، قولًا واحدًا، صرّح به ابن الصباغ وغيره في كتاب التدبير.

ثم اعلم أن التبعية هاهنا تكون في العتق - إذا حصل للأم - لا في الصفة؛ إذا كانت الصفة فعلها كدخولها[٧] الدار، حتى لو ماتت قبل الدخول ثم دخل ولدها الدار لم يعتق جزمًا، بخلاف ولد[٨] المدبرة إذا قلنا: إنه يتبعها؛ فإن التبعية تكون في الصفة لا في العتق، حتى لو ماتت الأم ثم مات السيد والولد في ملكه، عتق إذا خرج من الثلث.

قال ابن الصباغ: والفرق بينهما: أن هاهنا الشرط دخول الأم الدار، وإذا ماتت فات الشرط، والشرط في المدبر موت السيد، ولم يَفُتْ ذلك في حق الولد بموت أمه. نعم، لو كانت الصفة من فعل[٩] السيد، أو فعل غيرهما فيكون كولد

(١) في ب: مماته.
(٢) في ب، د: قال: فمات.
(٣) في د: تمليك.
(٤) سقط في ب.
(٥) سقط في ب.
(٦) في ب، د: بالقول الثاني.
(٧) في ج: كدخول.
(٨) في ج: أن.
(٩) في د: بعد.

المدبرة[١] سواء. هذا آخر كلامه، وغيره لم يفصل بين أن تكون الصفة من فعلها أو من فعل غيرها، بل أطلق أن ولد المعلق عتقها لا يتبعها في الصفة، ويتبعها في العتق، بخلاف ولد المدبرة؛ فإنه يتبعها، ومنهم الماوردي، وفرق بأن عتق المدبرة مستحق بالوفاة، وعتق الصفة مستحق في الحياة، وحكم ما استحق في الحياة خاص؛ كالعقود، وما استحق بالموت عام؛ كالميراث.

وحكى الإمام عن شيخه: أنه كان يقول: متى تعدى العتق إلى ولد المعلق عتقها بصفة، فدخل الدار - عتق، وأما أنه [يعتق بعتق][٢] الأم فلا.

قال الإمام: وهذا وإن كان غريبًا في الحكاية فليس بعيدًا في التوجيه.

قال: ويجوز العتق في العبد؛ للخبر، وفي بعضه بالقياس عليه، ولما سنذكره من الخبر عند عتق الشريك حصته وهو معسر.

قال: فإن أعتق بعض عبده عتق جميعه؛ لما روى أبو داود عن أبي المليح عن أبيه: أن رجلًا أعتق شقصًا له من غلام، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «لَيْسَ لِلَّهِ شَرِيكٌ[٣]» وزاد ابن كثير في حديثه: «فَأَجَازَ النَّبِيُّ ﷺ عِتْقَهُ»[٤]، وأخرجه النسائي وابن ماجه. وروى أنه أعتق ثُلُث غلامه فقال: «هو حُرٌّ كله، ليس فيه شِرْك[٥]»[٦]، ولأنه لو أعتق بعض عبد لا يملك سواه وهو موسر عتق جميعه وإن لم يكن ملكه، ففيما[٧] إذا كان الباقي ملكه من طريق الأولى؛ لأنه موسر به. لكن هل نقول وقع العتق على ما سماه ثم سرى إلى الباقي[٨] أو وقع العتق على جميع العبد جملة واحدة، ويكون قد عبّر بالبعض عن الكل؟ فيه خلاف ذكر مثله في مسألة الكتاب في الطلاق[٩] وهو جارٍ فيما إذا أوقع[١٠] العتق على عضو من

---

(١) في جـ: المدبر. (٢) في جـ: تعتق. (٣) في ب، د: شرك.

(٤) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٥١) كتاب: العتق، باب: من أعتق نصيبًا له في مملوك، حديث (٣٩٣٣)، وأحمد (٥/ ٧٤، ٧٥)، والنسائي في الكبرى (٣/ ١٨٦) كتاب: العتق، باب: العبد يكون للرجل فيعتق بعضًا، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٢٧٣) كتاب: العتق، باب: من أعتق من مملوكه شقصًا. قال الحافظ في الفتح (٥/ ١٥٩): إسناده قوي.

(٥) في جـ: شريك.

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٢٧٤) كتاب العتق، باب: من أعتق من مملوكه شقصًا.

(٧) في ب، د: وذلك فيما. (٨) في ب، د: باقي العبد.

(٩) في ب، د: كتاب الطلاق. (١٠) في جـ، ب: وقع.

أعضاء العبد كاليد والخنصر[١] وغيرهما، ورتب القاضي الحسين الخلاف في الصورة الثانية على الخلاف في الأولى، فقال: إن قلنا بوقوعه في الأولى على الجميع ففي الثانية أولى، وإلاّ فوجهان، والفرق: أن الجزء المعيّن من العبد لا يتصور[٢] انفراده بالحرية، بخلاف الجزء الشائع، وهذا لا يجيء في الطلاق، وعلى هذا الترتيب جرى الإمام.

ومن ثمرة هذا الخلاف فيما إذا أضاف العتق إلى جزء شائع: أنه لو أوصى بعتق بعض عبده بعد موته، فإن قلنا: إن عتق الباقي يقع[٣] بطريق السراية، لم يعتق عن الميت إلاَّ ما أوصى بعتقه، وإن قلنا: يقع[٤] بطريق [التعبير بالبعض عن الكل][٥]، أعتق عنه جميع العبد، قاله في «البحر» .

ومن ثمرته ما إذا أضيف إلى عضو معيّن: أنه لو قال: إن دخلت الدار فخنصرك حر، ثم قطع[٦]، ثم دخل الدار - فعلى الأول: لا يعتق، وعلى الثاني يعتق، وكذا لو قال: خنصرك حرٌّ - ولا خنصر له - فعلى الأول: لا يعتق، وعلى الثاني: يعتق. واستبعد القاضي الحسين وقوع العتق في هذه الصورة؛ بأنه[٧] لم يضفْ إلى شيء متصل بها؛ فأشبه ما لو قال: يدك الثالثة، أو: رجلك الثالثة حرة؛ فإنه لا يعتق. وحكى الإمام ذلك طريقة ولم يسم الصائر إليها، وقال: إنها أفقه.

وقال القاضي الحسين في الصورة الأولى: إن قلنا: إن الاعتبار في تعليق الطلاق [بحالة العتق][٨] عتقت، وإن قلنا: بحالة وجود الصفة، فوجهان؛ بناء على ما ذكرناه من المأخذين.

قال: وإن أعتق شركًا له في عبد أي: في الصحة، والمعتق مما يمكن أن يسرى إليه العتق لو كان المعتق هو الشريك الآخر، وحصة الشريك الآخر قابلة للعتق.

قال: فإن كان معسرًا عتق نصيبه ورق الباقي؛ لما روى مالك عن نافع عن ابن

---

(١) في جـ: والخمص.
(٢) في جـ: يمكن.
(٣) في جـ: يقطع.
(٤) في جـ: يقطع.
(٥) في جـ: التعيين عن البعض بالكل.
(٦) في جـ: فقطع.
(٧) في جـ: لأنه.
(٨) في ب: بحالة التعليق، وفي جـ: تخلله التعليق.

عمر: أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ مَمْلُوكٍ أُقِيمَ عَلَيْهِ قِيمَةُ العَدْلِ[١]، فَأُعْطِيَ شُرَكَاؤُهُ حِصَصَهُمْ،[وَأَعْتَقَ عَلَيْهِ العَبْد][٢] وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ»[٣]. وأخرجه البخاري ومسلم والنسائي وابن ماجه.

قال الإمام الشافعي - رضي الله عنه-: وزاد فيه بعضهم: «وَرَقَّ [مِنْهُ][٤] مَا رَقَّ»، وقد خرج هذه الزيادة الدارقطني في سننه.

وقال في كتاب «الأفراد»[٥]: تفرد به إسماعيل بن مرزوق عن يحيى بن[٦] أيوب عنه - يعني: عن عبد الله بن عمر - عن نافع، عن عبد الله بن عمر، قال الشيخ زكى الدين [عبد العظيم][٧]: وإسماعيل هذا مرادى بصرى كنيته: أبو زيد، روى عنه محمد بن عبد الله بن عبد الحكم ويحيى بن أيوب، واحتج به مسلم، واستشهد به البخاري.

فإن قيل: قد خرج أصحاب الكتب الستة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا[٨] فِي[٩]مَمْلُوكٍ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْتِقَهُ كُلَّهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، وَإِلَّا اسْتَسْعَى الْعَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ»[١٠]، فَلِمَ لا عمل بموجب ذلك؟

قيل: ما ذكرناه من الأحاديث[١١] ليس فيه ذكر السعاية، والسعاية المذكورة

---

(١) في د: فيه العدل، وفي ج: قيمة العبد.
(٢) سقط في ج.
(٣) أخرجه البخاري (٥/ ١٥١) كتاب العتق: باب إذا أعتق عبدًا بين اثنين، حديث (٢٥٢٢) ومسلم (٢/ ١١٣٩) كتاب العتق، حديث (١/ ١٥٠١)، وأبو داود (٤/ ٢٥٦) كتاب العتق: باب من روى أنه لا يستسعي، حديث (٣٩٤٠) والنسائي في الكبرى (٣/ ١٨٤) باب ذكر العبد يكون بين اثنين (٤٩٥٧)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٤) كتاب العتق: باب من أعتق شركًا له في عبد، حديث (٢٥٢٨).
(٤) سقط في د.
(٥) في ج: الإقرار.
(٦) زاد في ج: أبي.
(٧) سقط في ب، د.
(٨) في ب: شقيصًا.
(٩) في ج: من.
(١٠) أخرجه البخاري (٥/ ١٣٢) كتاب الشركة: باب تقويم الأشياء بين الشركاء حديث (٢٤٩٢)، ومسلم (٢/ ١١٤١) كتاب العتق: باب ذكر سعاية العبد، حديث (٤/ ١٥٠٣)، (٣/ ١٢٨٧) كتاب الأيمان: باب من أعتق شركًا له في عبد، حديث (٥٤/ ١٥٠١) وأبو داود (٤/ ٢٥٥) كتاب العتق: باب ذكر السعاية، حديث (٣٩٣٧، ٣٩٣٨) والترمذي (٣/ ٦٣٠) كتاب الأحكام: باب العبد يكون بين الرجلين، حديث (١٣٤٨) والنسائي في «الكبرى» (٣/ ١٨٥) كتاب العتق: باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين، خبر أبي هريرة في ذلك والاختلاف على قتادة فيه، حديث (٤٩٦٢، ٤٩٦٣، ٤٩٦٤، ٤٩٦٥) وابن ماجه (٢/ ٨٨٤) كتاب العتق: باب من أعتق شركًا له في عبد، حديث (٢٥٢٧).
(١١) في ب: الحديث.

محمولة على أن العبد يستسعى لسيّده الذي لم يعتق [أي][(١)]: يخدمه بقدر نصيبه؛ كي لا يظن أنه يحرم عليه استخدامه، وكذلك قال: «غَيْرَ مَشْقُوقٍ [عَلَيْهِ][(٢)]» أي: لا يحمل فوق ما يلزمه[(٣)] من الخدمة.

فإن قيل: جاء عنه في رواية أخرى، عن رسول الله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ أَوْ شَقِيصًا لَهُ فِي مَمْلُوكٍ، فَخَلَاصُهُ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ قُوِّمَ الْعَبْدُ قِيمَةَ عَدْلٍ، ثُمَّ اسْتُسْعِيَ لِصَاحِبِهِ فِي قِيمَتِهِ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ»[(٤)]، وهذا ينفي التأويل.

قيل في جوابه: إن أبا داود قد رواه عن روح بن عبادة عن سعيد بن أبي عروبة [ولم يذكر السعاية، ويحيى بن سعيد وابن أبي عدى عن سعيد بن أبي عروبة][(٥)] ولم يذكرا فيه السعاية.

وقال البخاري: رواه سعيد[(٦)] عن قتادة ولم يذكر فيه السعاية.

وقال الترمذي: روى شعبة هذا الحديث عن قتادة ولم يذكر أمر السعاية.

وقال الخطابي: اضطرب سعيد بن أبي عروبة في السعاية يذكرها مرة، ولا يذكرها مرة؛ فَدَلَّ على أنها ليست من متن الحديث عنده، وإنما هو من كلام قتادة، وتفسيره على ما ذكره همام وبينه[(٧)]؛ فإن النسائي قال: إن همامًا ما روى هذا الحديث عن قتادة، فجعل الكلام الأخير - قوله: «وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتَسْعَى الْعَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ» - قول قتادة، والله تعالى أعلم.

ويندرج في هذه الحالة ما إذا أوصى بعتق حصته من عبد بعد الموت، أو دبر حصته من عبده؛ لأن التركة انتقلت إلى الورثة بموته، اللهم إلاَّ أن يوصى بأن يعتق حصته، ويكمل من ثلثه؛ فإن ذلك يصير كالمستثنى من مال الورثة؛ فيكون موسرًا به، كذا قاله الروياني، وحكى الرافعي عن القاضي أبي الطيب أنه قال: عندي إذا أوصى بالتكميل؛ فإنما يكمل باختيار الشريك؛ لأن التقويم إذا لم يكن

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د. (٣) في جـ: يحمله.

(٤) أخرجه البخاري (٥/ ٤٥٩) كتاب العتق، باب: إذا أعتق نصيبًا في عبد وليس له مال، برقم (٢٥٢٧)، ومسلم (٢/ ١١٤٠) كتاب العتق، باب: ذكر سعاية العبد، برقم (٣/ ١٥٠٣)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) سقط في د. (٦) في د: سعد. (٧) في جـ: ومنبه.

مستحقًّا لا يصير مستحقًّا باختيار العتق؛ ألا ترى أن المعتق لو كان معسرًا ثم أيسر وقال: قوموه عليَّ حتى أستقرض، لا يجبر الشريك عليه؟!

وحكى[(١)] الإمام أن صورة الوصيّة بالتكملة أن يقول: اشتروا نصيب الشريك فأعتقوه، فأما إذا قال: أعتقوه إعتاقًا ساريًا، فلا خير في هذه الوصيّة؛ لأنه لا سراية بعد الموت، وإن أعتقوا[(٢)] نصيبه، فالذي أتى به وصيّة بمحال.

قال: **وإن كان موسرًا** أي: حالة العتق بقيمة نصيب الشريك مما يجب عليه توفيته الدين؛ كما قاله القاضي الحسين وغيره.

قال: **قوم عليه نصيب شريكه يوم العتق** أي: وسرى العتق إليه؛ للحديث السابق.

ولا فرق على المذهب فيما ذكره الشيخ بين أن يكون المعتق مسلمًا [أو كافرًا][(٣)]، [أو العبد مسلمًا][(٤)] أو كافرًا، ولا بين أن يكون على المعتق دين يساوي ما معه من قيمة حصة الشريك، أو لا دين عليه؛ لعموم الخبر.

وقيل: إن كان العبد مسلمًا والمعتق كافرًا لم يقوم عليه؛ بناء على أن الكافر لا يملك [العبد][(٥)] المسلم؛ لأن السراية تتضمن نقل الملك إلى المعتق.

وحكى المصنف: أن منهم من قطع بالأول؛ لأن هذا إتلاف، والبيع إنما منع لكون فيه ذلٌّ، وهو منتفٍ هنا.

وقيل: إن كان عليه دين يستغرق ما معه لم يسر العتق، كما يمنع وجوب الزكاة على قول حكاه الفريقان.

قال القاضي الحسين: ووجه الشبه[(٦)] أن الزكاة إنما تجب عليه مواساة [للفقراء، وكذلك][(٧)] في هذا الموضع إنما يقوم عليه نصيب شريكه على وجه المواساة حتى لا يبقى متحيّرًا.

وقال الإمام: إن الجامع كون[(٨)] العتق حقًّا لله - تعالى - وهو متعلق بحق الآدمي في الخواص؛ فكان في معنى الزكاة، وخص الماوردي محل الخلاف بما

---

(١) في ب، د: ذكر.
(٢) في ب، د: أعتقا.
(٣) سقط في ب، ج.
(٤) سقط في ب.
(٥) سقط في ج.
(٦) في د: الشبهة، وفي ج: السنة.
(٧) في ب، د: مع الفقراء، كذا.
(٨) في ج: يكون.

إذا كان الدين حالاً، وجزم بالسريان(١) عند تأجيله.

أما إذا كان ما باشره بالعتق(٢) لا يمكن عتقه بالسراية، كما إذا استولد الشريك الجارية المشتركة بينه وبين غيره نصفين مثلًا، وهو معسر، ثم أيسر وأعتق حصته(٣) المستولدة، فإن حصته ينفذ [العتق](٤) فيها، ولا يسري إلى نصيب شريكه.

قال القاضي أبو الطيب في كتاب: الشفعة: لأن العتق لا يسرى عند إعتاق النصف الطلق إلى النصف المحكوم بأنه أم ولد؛ فكذلك العكس، وقد حكى الماوردي وغيره فيما إذا استولد الجارية المشتركة وهو معسر، ثم استولدها الشريك الآخر وهو معسر، ثم أيسر أحدهما وأعتق نصيبه - وجهًا(٥): أن العتق يسري إلى حصة الآخر، ويعتق على المنجز، وهذا الوجه يجري هنا من طريق الأولى، كما أجرى أيضًا(٦) فيما إذا استولد أحدهما حصته وهو معسر، ثم أعتق الشريك الآخر حصته الطلق، ولو تعلق بحصة الذي لم يعتق حق - لازم كما إذا كانت موقوفة - لم يسر العتق إليها قولا واحدًا، كما حكاه المصنف والقاضي أبو الطيب والماوردي والبندنيجي، والقاضي الحسين، وغيرهم في كتاب الوقف، والفرق بين ذلك وبين الحصة المستولدة، حيث جرى إليها العتق على وجه: أنها قابلة للعتق المنجز؛ فلذلك قبلت(٧) عتق السراية واغتفر(٨) فيها نقل الملك الضمني، والوقف غير قابل للعتق الناجز على الأصح كما «ذكرناه»(٩) في كتاب الوقف.

ولو كان تعلق الحق بسبب الرهن، فقد تقدم ذكره في الرهن، ولو كان العتق في حال مرض الموت أو موصى به، فالنظر في اليسار بقيمة الشريك والإعسار بها [بالنظر](١٠) إلى الثلث دون جميع ماله(١١).

---

(١) في د: بالسراية.
(٢) في د: بالدين.
(٣) في جـ: حصة.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ، د: وجهين.
(٦) في جـ، د: قبضًا.
(٧) زاد في جـ: قبل.
(٨) في جـ: واعتبر.
(٩) في ب: ذكرنا.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) قوله في الكلام على السراية: ولو كان العتق؛ أي: عتق الشريك بصفة في حال مرض الموت أو موصى به، فالنظر في اليسار بقيمة الشريك، والإعسار بها بالنظر إلى الثلث دون جميع ماله. انتهى كلامه.
وما ذكره في العتق الواقع في المرض صحيح؛ لأن المريض كالصحيح في السراية عليه، وأما =

تنبيه: الاعتبار في التقويم بالوقت الذي أعتق الشريك حصته فيه، على الأقوال كلها عند العراقيين والقاضي الحسين، و[هو][(١)] ما ادعاه المزني؛ لأنه وقت الإتلاف [أو وقت][(٢)] سببه، وإطلاق الشيخ وغيره محمول [عليه؛ لأن الغالب][(٣)] أن القيم[(٤)] لا تختلف في اليوم الواحد في الرقيق.

وقال بعض المراوزة: إن قلنا: يقوم في الحال، فالحكم كذلك، وإن قلنا: بالتأخير إلى الأداء، فثلاثة أوجه:

أحدها: الاعتبار بحال الإعتاق أيضًا.

والثاني: بحال الأداء.

والثالث: يعتبر أكثر الأمرين، وهذا ما نسبه الإمام إلى بعض المصنفين، وقال: إنه الصواب، وإن وجه اعتبار يوم أداء القيمة [لا اتجاه له][(٥)] إلاَّ على وجه من جوز [للشريك][(٦)] التصرف بالبيع والعتق، كما سنذكره.

وسلك الماوردي طريقًا آخر فقال: الاعتبار بقيمة يوم الإعتاق على الأقوال كلها إن[(٧)] كانت، أزيد قيمة من حين العتق إلى حين بذل القيمة، وإن[(٨)] كانت أنقص، وقلنا بسراية العتق باللفظ أو بقول الوقف - فالاعتبار بقيمة وقت العتق، وإن قلنا: بتوقف السراية على [أداء][(٩)] القيمة ففيه وجهان:

أحدهما: الاعتبار بوقت العتق؛ لأنه السبب.

والثاني: الاعتبار بحال أداء القيمة؛ كالغاصب.

ثم الحصة التي سرى[(١٠)] إليها العتق تقوّم قبل العتق، حتى لو كانت قيمة نصفه قبل العتق مائة، ووقت العتق تساوى تسعين، وكان النقص بسبب العتق - لزمته[(١١)] المائة، ولو كان الجميع قبل العتق يساوى ثلاثمائة، والنصف يساوى

= العتق المؤصى به، فلا سراية فيه؛ كما جزم به قبل ذلك في الكلام على أن المعسر لا يسرى عليه، وعللّه بأن التركة قد انتقلت إلى الورثة.
نعم! ينبغي تصوير هذه المسألة، بما إذا أوصى بعتق نصفه، وأن يكمل من ثلثه، فإن ذلك يصير كالمستثنى من مال الورثة، فيكون موسرًا به على ما نقله هو عن الروياني هناك .[أ و].

(١) سقط في جـ.
(٢) في ب: ووقت.
(٣) في د: على أن الغالب.
(٤) في جـ: القيمة، في د: الثمن.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: الشريك.
(٧) في جـ: وإن.
(٨) في جـ: إن.
(٩) سقط في د.
(١٠) في د: يسري.
(١١) في ب، د: يلزمه.

مائة - لا يلزمه إلاَّ مائة، قاله في «شرح فروع ابن الحداد» في كتاب الغصب، وكذلك حكاه في «البحر» فيه، والماوردي هنا، ووجهه بأن العتق موكس بقيمته، وهذا الوكس بعتقه الجارى مجرى جنايته.

قال: ومتى تعتق حصة الشريك؟

فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: تعتق في الحال، لما روى أبو داود عن أبي هريرة - رضي الله عنه- أن رجلًا أعتق شقصًا من غلام فأجاز[1] النبي ﷺ عتقه، وغرمه بقيّة ثمنه[2]. وفي رواية: أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ نَصِيبًا لَهُ في مَمْلُوكٍ عَتَقَ مِنْ مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ»[3]، وأخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه بنحوه[4].

ولأن العتق إذا سرى سرى في الحال؛ كما لو كان كل العبد له.

[ولأن القيمة تعتبر][5] حال العتق؛ فدلّ على أن تلك الحالة حالة الإتلاف.

وهذا ما قال الماوردي: إنه المشهور من المذهب، ولم يحك في كتاب الوصايا في العتق، واختلاف الأحاديث، واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى - سواه، واختاره المزني، وهو الصحيح؛ فعلى هذا يكون حكمه حكم الأحرار في [شهادته وجميع][6] الأمور.

---

(١) في ج: وأجاز.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٤١٧) كتاب العتق، باب من أعتق نصيبًا له من مملوك بينه وبين آخر (٣٩٣٤)، والبيهقي في السنن (١٠/ ٢٨٢).

(٣) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٥٣) كتاب العتق، باب: فيمن أعتق نصيبًا له في مملوك، حديث (٣٩٣٦).

(٤) أخرجه البخاري (٥/ ١٥١) كتاب العتق، باب: إذا أعتق عبدًا بين اثنين، حديث (٢٥٢٤)، ومسلم (٣/ ١٢٨٦) كتاب الأيمان، باب: من أعتق شركًا له في عبد، حديث (٤٩/ ١٥٠١)، وأبو داود (٤/ ٢٥٧) كتاب العتق، باب: من روى أنه لا يستسعي، حديث (٣٩٤٣)، والترمذي (٣/ ٦٢٩) كتاب الأحكام، باب: العبد يكون بين الرجلين، حديث ١٣٤٦)، والنسائي (٧/ ٣١٩) كتاب البيوع، باب: الشركة في الرقيق، والبيهقي (١٠/ ٢٧٦، ٢٧٧) كتاب العتق، باب: يكون حرًّا يوم تكلم بالعتق، كلهم من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «من أعتق نصيبًا له في مملوك أو شركًا له في عبد، فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل، فهو عتيق».

(٥) في ب، د: ولأنه تعتبر قيمته.

(٦) في ج: شهادة جميع.

وهل نقول: حصلت الحرية فيه دفعة واحدة، أو حصلت في نصيب المعتق، ثم ترتب عليها عتق حصة الشريك؟ فيه وجهان في «الحاوي» هنا، و «الشامل» في كتاب الظهار[(١)] ونسب الأول إلى شاذ أصحابنا.

وحكى الإمام عن الأصحاب: أن الملك ينتقل إلى المعتق، ثم يترتب عليه العتق، وذلك في وقتين وإن كانا لا يدركان بالحس، وحكى عن أبي إسحاق المروزي أنه قال: يحصل نقل الملك والعتق معًا من غير ترتيب، وأنه لما قيل له: هذا جمع بين النقيضين، قال: لا يبعد هذا في الأحكام، وإنما يمتنع اجتماع المتضادات المحسوسة، وأنه طرد مذهبه في شراء [الرجل][(٢)] من يعتق عليه. وهذا كلام سخيف متروك عليه [باطل][(٣)] قطعًا.

قال: فإن اختلفا في القيمة، أي: على هذا القول عند تلف المعتق أو غيبته، أو تغيّر[(٤)] القيمة؛ لطول المدة - «فالقول قول المعتق»؛ لأنه [غارم][(٥)]، والأصل فراغ ذمته مما لم يعترف به.

قال: والثاني يعتق بدفع القيمة؛ لأنه جاء في بعض الروايات عنه ﷺ أنه قال: «إِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ: فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا يُقَوَّمْ عَلَيْهِ قِيمة عَدْل، لا وَكْسَ وَلَا شَطَطَ، ثَمَّ يَعْتِقُ»[(٦)]، خرجه البخاري ومسلم والنسائي وأبو داود. [ولأنه يعتق[(٧)] بعوض ورد الشرع به؛ فلا يسبق وقوع العتق دفع العوض، كالكتابة][(٨)] ولأنه إزالة ملك لدفع الضرر؛ فلا يتقرر إلاَّ بأداء العوض، كالشفيع يملك الأخذ بالشفعة، ولا يتقرر الملك حتى يدفع المال.

ولأنه إنما يقوّم عليه نظرًا للشريك، ولا نظر له في إزالة ملكه قبل أن يصل إلى عوضه، وهذا ما نص عليه في القديم، وفي الجديد أيضًا.

---

(١) في د: الطهارة. (٢) سقط في ج. (٣) سقط في ج.
(٤) في د: تعين. (٥) سقط في ج.
(٦) أخرجه البخاري (٥/ ١٧٩) كتاب العتق، باب: إذا أعتق عبدًا بين اثنين، حديث (٢٥٢١)، ومسلم (٣/ ١٢٨٧) كتاب: الأيمان، باب: من أعتق شركًا له في عبد، حديث (٥٠،٥١/ ١٥٠١)، وأبو داود (٤/ ٢٥٨) كتاب: العتق، باب من روى أنه لا يستسعي، حديث (٣٩٤٧)، والترمذي (٣/ ٦٢٩) كتاب: الأحكام، باب: العبد يكون بين الرجلين، حديث (١٣٤٧)، والنسائي (٧/ ٣١٩) كتاب: البيوع، باب: الشركة في الرقيق.
(٧) في ب: عتق. (٨) سقط في د.

قال: فإن اختلفا في القيمة، أي: على هذا القول، «فالقول قول الشريك»؛ لأن المعتق[(١)] يريد نزع ملكه بما يبذله[(٢)]؛ فكان القول في العوض قول الشريك؛ كالمشترى مع الشفيع، وعلى هذا القول فروع أخر.

أحدها: قال الماوردي: هذا التقويم هل يجري مجرى البيع أو مجرى قيمة مستهلك؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو قول المزني وبعض المتأخرين-: أنه تقويم[(٣)] مستهلك.

والثاني - وهو قول شاذى المتأخرين-: أنه يجري مجرى البيع.

الثاني: لو مكن[(٤)] المعتق الشريك من قبض القيمة، فلم يقبضها - لا يحصل العتق، وعن بعض أصحابنا: أنه يحصل، [ويملك ما بذل له، كما صرّح به الماوردي وقال: إنه - على الوجهين معًا - لو أبرأ الشريك من القيمة لم يبرأ[(٥)] بها][(٦)] المعتق[(٧)]؛ لأن وقوع العتق بدفع القيمة، وليس الإبراء دفعًا، ويفارق عتق المكاتب بالإبراء عن النجوم؛ لأنها تثبت عن تراضٍ فشابهت الديون، وهذا العتق عن إجبار يغلب[(٨)] فيه حكم العتق بالصفة.

الثالث: [للشريك مطالبة المعتق بالقيمة][(٩)] فإن لم يطالبه كان للعبد مطالبته؛ لدفع القيمة [ليحصل له العتق][(١٠)]؛ لما روى أبو داود عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ مَمْلُوكًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخرَ، فَعَلَيْهِ [خَلَاصُهُ][(١١)]»[(١٢)]، فلو سكت العبد [أيضًا][(١٣)]، قال المصنف والماوردي: كان للحاكم المطالبة بذلك؛ لما في العتق من حق الله تعالى.

وفي «تعليق» القاضي الحسين بعد حكاية ما «حكيناه»[(١٤)] عن المذهب: أن مطالبة الشريك له تحتمل أن تتخرج على أن تصرفاته هل تنفذ أم لا؟ فإن قلنا: [لا][(١٥)]

---

(١) في ب: العتق. (٢) في جـ: بذله. (٣) في د: يقوم.
(٤) في جـ: أمكن. (٥) زاد في ب: ولم يحصل.
(٦) سقط في د. (٧) في ب: العتق. (٨) في جـ: فعلت.
(٩) سقط في جـ. (١٠) في جـ: ليعتق. (١١) في جـ: خائصة.
(١٢) أخرجه أبو داود في السنن (٤/ ٢٥٣) كتاب العتق، باب: فيمن أعتق نصيبًا له في مملوك، حديث (٣٩٣٥).
(١٣) سقط في جـ. (١٤) في ب، د: ذكرناه. (١٥) سقط في د.

[ينفذ، خيّره][1] وإلّا فلا، وهذا الاحتمال اقتصر عليه الإمام.

ولو مات المعتق قبل أداء القيمة، أخذت من[2] تركته، صرّح به الماوردي [في أوائل الكتاب.

الرابع: لو كان المعتق أمة، فوضعت قبل دفع القيمة، كان نصف ولدها حرًّا ونصفه رقيقا، ويعتق مع أمه عند دفع القيمة كما صرّح به الماوردي][3] ولو ضرب بطنها فأجهضت الجنين، وجب فيه نصف دية جنين [حر ونصف دية جنين][4] مملوك، ويملك الشريك ما وجب برقّه، ولا يضمن المعتق حصة الشريك من الجنين وجهًا واحدًا.

الخامس: لو أعتق الشريك حصته قبل أداء القيمة عتقت عند ابن أبي هريرة؛ لأن عتقه صادف ملكه وهو من أهل العتق، والأصح - وبه قال الجمهور من أصحابنا[5] -: لا؛ لتعلق حق السراية واستحقاق الولاء. وقاسه[6] الماوردي وابن الصباغ على ما إذا عتقت الأمة تحت عبد، ثم طلقها زوجها قبل الفسخ - لم يقع الطلاق في الحال وإن كان مالكًا للبضع؛ لما في وقوع طلاقه[7] من إبطال حق الزوجة من الفسخ.

قال ابن الصباغ: وهذا الدليل لا يسلمه المخالف، ويحتاج المستدل به أن يبيّنه بالخبر المروي.

قال القاضي الحسين: والخلاف في نفوذ بيعه مرتب على الخلاف في نفوذ عتقه، وأولى بالمنع، وبه جزم الشيخ أبو محمد؛ لأن العتق يحصل مقصود العبد من الحرية، [بخلاف البيع][8] [ثم][9] إذا جوزنا البيع، قال القاضي: كان للمعتق أن يختار فسخ البيع؛ لأنه يستحق تملكه[10] بالقيمة، كما قلنا فيما إذا باع المشتري الشقص المشفوع[11]، ولو مات العبد قبل أداء القيمة ففي استحقاق الشريك القيمة وجهان، [أصحهما في «تعليق» القاضي الحسين: لا، فإن قلنا: يستحق القيمة، فهل نحكم

---

(١) في ب: يتنفذ جبره. (٢) زاد في ب: المعتق. (٣) سقط في د.
(٤) سقط في ب. (٥) في ب: جمهور الأصحاب.
(٦) في جـ: فأشبه. (٧) في جـ: الطلاق. (٨) في ب، د: والبيع بخلافه.
(٩) سقط في جـ، د. (١٠) في د: ملكه. (١١) في د: للمشفوع.

بحصول العتق قبل الموت؟ فيه وجهان][1] في «الحاوي»، المذكور منهما في «النهاية»: الحصول.

قال: والثالث: أنه موقوف: فإن دفع القيمة حكمنا بأنه عتق في الحال، وإن لم يدفع حكمنا بأنه لم يعتق؛ لأنا لو قلنا [بالأول لأضررنا بالشريك؛ فإن المعتق قد يعسر أو يغيب فيتعذر على الشريك العوض، ولا مستدرك له، ولو[2] قلنا بالثاني لأضررنا[3] بالعبد؛ لأن أحكامه تكون أحكام الرقيق؛ فقلنا][4] بالوقف نظرًا لهما،وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب قولًا مخرجًا، وقال الشيخ أبو حامد وجماعة: إنه منصوص كالقولين الأولين.

وقال في «الحاوي»: إنه نَصَّ عليه في «البويطي» و«حرملة»، وهو أشبه. فعلى هذا: جميع الأحكام موقوفة أيضًا.

ولو مات العبد قبل أداء القيمة - وجب دفعها[5] وجهًا واحدًا، قال الماوردي: لأن دفعها يوجب تقدم[6] عتقه باللفظ.

[ولو اختلفا في القيمة فالقول قول الشريك، وهذه طريقة الماوردي][7]، وقد أطلق بعض الأصحاب حكاية القولين فيمن القول قوله في القيمة من غير بناء.

وحكى القاضي الحسين: أن القفال بناهما على أنه: إذا اشترى عبدين، وتلف أحدهما في يده، [وأراد أن يرد الباقي بالعيب، وجوزنا تفريق الصفقة في الرد][8]، فاختلفا، فقال المشترى: كانت قيمة التالف خمسمائة، وقيمة الباقي ألفًا فرد علي الثلثين من الثمن، وقال البائع: بل قيمة التالف [ألف][9]؛ فلا أرد إلاَّ الثلث[10]، وفيمن القول قوله قولان: قال الإمام: وهذا البناء ليس كما يؤثره؛ فإن تلك القيمة ليست قيمة معروفة، والقيمة فيما نحن فيه معروفة، والأصل أن يكون القول قول الغارم.

وحكى الماوردي أن الربيع قال في «الأم»: وفيه قول][11] آخر: أنهما يتحالفان تحالف المتبايعين. وهو من تخريجه وليس بقول للشافعي - رضي الله عنه -.

(١) سقط في ج. (٢) في ب: وإن. (٣) في ب: لأضرر.
(٤) سقط في د. (٥) في ب، د: على المعتق الأداء.
(٦) في ج: تقديم. (٧) سقط في د. (٨) سقط في د.
(٩) سقط في ج. (١٠) في ب، د: النصف. (١١) سقط في د.

فرع: إذا أعسر المعتق[(١)] بعد يساره[(٢)] كان العتق موقوفًا إلى أن يوسر، فإن أيسر ودفع القيمة تبينا نفوذ العتق، وكانت الأكساب في زمن الوقف [للعبد][(٣)]، وإن مات على الإعسار تبينا بقاءه على الرق، وسلمت الأكساب للشريك الذي لم يعتق، قاله الماوردي.

وحكى في موضع آخر من هذا الكتاب: أنه إذا أعسر بعد العتق كان للشريك رفعه إلى الحاكم وطلبه بالقيمة، أو فسخ الوقف في حصته، ويكشف الحاكم عن حاله، فإن ظهر أنه[(٤)] معسر حكم بفسخ الوقف؛ كما يحكم للزوجة بفسخ النكاح إذا أعسر الزوج، وكان للشريك التصرف بما شاء من بيع وغيره.

وحكى الإمام عن الشيخ أبي علي: أنه إذا أعسر بعد يساره حالة العتق انطلق[(٥)] الحجر عن الشريك في حصته، حتى إذا[(٦)] أيسر بعد ذلك فلا أثر له؛ لأن الطلبة قد انقطعت عنه بتخلل إعساره، وارتفع حق العتق عن نصيب صاحبه فلا يعود بعود المال، واستصوب الإمام ما قاله من انطلاق الحجر بطرآن[(٧)] الإعسار مع إبداء احتمال فيه، وإلى احتمال آخر جعله أظهر في عود الحق بعود اليسار.

فرع إذا قال الشريك: كان المعتق[(٨)] خيارًا وقد تلف، وأنكر المعتق - حكى العراقيون فيه طريقين:

أحدهما: فيمن القول قوله قولان.

والثاني: القطع بأن القول قول الغارم، وهو ما اختاره أبو إسحاق المروزي.

ولو ادعى المعتق أن المعتق كان قد تعيب قبل العتق، وأنكر الشريك ففيمن القول قوله أيضًا طريقان:

أحدهما: حكاية قولين.

والثاني: القطع بأن القول قول الشريك.

ولو قال: إنه كان ناقص الخلق فالذي ذهب إليه الأكثرون: أن المصدق الغارم.

---

(١) في جـ: المعسر.

(٢) قوله: فرع: إذا أعسر المعتق بعد يساره ... إلى آخره، هذا تفريع على قول الوقف، فاعلمه. [أ و].

(٣) سقط في د. (٤) في جـ: بأنه. (٥) في جـ: أبطل، وفي د: أبطلت.

(٦) في ب، د: لو. (٧) في جـ: نظر مع بأن. (٨) في جـ: للمعتق.

قال الإمام: وقال العراقيون: في هذه الصورة قولان مبنيان [على القولين][(١)] فيما إذا اختلفا في مقدار القيمة مطلقا، أما إذا كان الاختلاف في القيمة، والمعتق باق بحاله لم يتغيّر، رجع فيه إلى قول عدلين من أهل الخبرة، فإن شهدا بما ذكره أحدهما اتبع من غير يمين، وإن شهدا بأزيد مما ادعاه الشريك لم يستحق سوى ما ادعاه، وإن شهدا بأقل مما ادعاه المعتق لم ينقص عما ادعاه، وإن شهدا برُتْبةٍ[(٢)] بين ما ادعياه عُمل بشهادتهما، كذا قاله الماوردي.

قال: **وإن كان المعتق موسرًا ببعض القيمة عتق منه بقدره**؛ لأن ما وجب بالاستهلاك إذا عجز عن بعضه وجب ما قدر عليه، كبدل المتلف، وهذا[(٣)] الذي نص عليه الشافعي - رضي الله عنه- كما حكاه القاضي الحسين وصححه، وهو الأصح[(٤)] عند الإمام، وحكى عن رواية الصيدلاني وجهًا آخر: أنه لا يسرى في هذه الحالة؛ لأن السراية تقتضي نقل الملك إلى المعتق، فشابه [ذلك][(٥)] استحقاق الشقص في الشفعة.

ولو أراد الشفيع أن يأخذ بعض الشقص لم يجز، وهذا ما أبداه القاضي الحسين احتمالًا.

ثم كيفية عتق الشريك حصته أن يقول: أعتقت نصيبي[(٦)] منك، فلو قال: أعتقت نصيب شريكى منك، لم ينفذ عتقه[(٧)] في شيء من العبد.

ولو قال: أعتقت نصفك، وكان يملك من العبد نصفه، فهل وقع العتق [ابتداءً على نصيبه بجملته أو انصرف إلى نصف العبد مشاعًا فيقع العتق][(٨)] مباشرة على نصف نصفه، ثم يسرى إلى الربع الآخر الذي يملكه لا غير إن كان معسرًا، وإن كان موسرًا فإلى[(٩)] الجميع؟ فيه وجهان.

قال الإمام: ولا يظهر لهذا الاختلاف فائدة، إلا[(١٠)] أن يفرض تعليق عتاق أو طلاق [على ذلك][(١١)]، بأن يقول: إن أعتقت نصفى من هذا العبد فامرأتي[(١٢)] طالق.

(١) في جـ: كالقولين.
(٢) في جـ: بريبة.
(٣) في جـ: وهو.
(٤) في د: الأوجه.
(٥) سقط في ب، د.
(٦) في جـ: حصتي.
(٧) في جـ: عنه.
(٨) سقط في د.
(٩) في جـ: وإلى.
(١٠) في جـ: إلى.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) في جـ: وامرأتي.

قلت[١]: وقد تظهر له فائدة في هذا الباب، وهو أن شريكه لو وكله في عتق نصيبه: فإن[٢] قلنا: إن العتق يقع شائعًا، عتق جميع العبد على الوكيل والموكل. وإن قلنا: يقع على نصيبه، لم تعتق حصة الشريك، وقد حكى ابن الصباغ في هذه الصورة وجهين:

أحدهما: أنه يتناول نصيب[٣] شريكه لا غير.

والثاني: يعتق نصيب نفسه[٤] لا غير؛ لأنه لا[٥] يحتاج إلى نيّة[٦] فيه،

---

(١) في جـ: قال. (٢) في جـ: وإن. (٣) في جـ: نصيبه.
(٤) في ب: شريكه. (٥) في جـ: فلا.
(٦) قوله: ولو قال أعتقت نصفك، وكان يملك من العبد نصفه، فهل وقع العتق ابتداء على نصيبه بجملته، أو ينصرف على نصف العبد مشاعًا، فيقع العتق مباشرة على نصف نصفه، ثم يسري إلى الربع الآخر الذي يملكه لا غير، إن كان معسرًا، وإن كان موسرًا فإلى الجميع؟ فيه وجهان:
قال الإمام: ولا يظهر لهذا الاختلاف فائدة، إلا أن يفرض تعليق عتاق أو طلاق على ذلك بأن يقول: إن أعتقت نصفي من هذا العبد، فامرأتي طالق.
قلت: وقد يظهر له فائدة هذا الباب، وهو أن شريكه لو وكله في عتق نصفه، فإن قلنا: إن العتق يقع مثالها عتق جميع العبد على الموكل والوكيل، وإن قلنا: يقع على نصيبه، لم يعتق حصة الشريك.
وقد حكى ابن الصباغ في هذه الصورة وجهين:
أحدهما: أنه يتناول نصيب شريكه لا غير.
والثاني: يعتق نصيب نفسه لا غير؛ لأنه لا يحتاج إلى نية. انتهى كلامه.
فيه أمران:
أحدهما: أن حاصل كلامه أنا إذا فرعنا على قول الإشاعة وكان موسرًا، أنه يعتق منه أولًا الربع، ثم يسري إلى الباقي مما يملكه وما لا يملكه جملة واحدة، وليس كذلك، بل قائل هذا الوجه يقول: تسري أولًا إلى ما في ملكه، ثم إلى ملك شريكه، كذا نقله الرافعي، فقال: وأما على الثاني فلأنه يعتق نصفه، وهو ربع العبد، ثم يسري باقي نصفه، ثم إلى نصيب الشريك.
الأمر الثاني: أن كلامه يقتضي أنه لم يظهر له إلا هذه الفائدة، وليس كذلك بل من فوائده سؤال العتق، ولنقدم عليه مقدمة؛ وهي أن المرأة لو قالت: طلقني ثلاثًا ولك ألف، فطلقها طلقة ونصفًا فهل يستحق ثلثي الألف لوقوع طلقتين، أو النصف خاصة؛ لأنه إنما أوقع نصف الثلاث، والتكميل حكم الشرع؟ فيه وجهان في كتاب الخلع من الرافعي من غير ترجيح، ورجح في الروضة من زوائده الوجه الثاني، وما ذكروه هناك يأتي بعينه - هاهنا - فإذا قال: اعتق النصف الذي لك على ألف، فأطلق إعتاق النصف، فإن قلنا: ينزل على نصيبه استحق، وإن قلنا: يكون شائعًا حتى لا يعتق أولًا إلا نصف نصيبه، ثم سرى؛ فالراجح أنه لا يستحق إلا
=

ونصيب[(١)] شريكه يحتاج أن يقع بالنية عنه، [ولم ينو ذلك][(٢)].

وقد حكى الجيلي فيما إذا لم يكن وكيلًا، وقلنا: إن النصف يحمل على الإشاعة - أن عتقه لربع الشريك[(٣)] لا ينفذ، وهل ينفذ العتق في ربعه[(٤)]؟ فيه قولا تفريق الصفقة.

فروع: على تعجيل السراية:

لو قال أحد الشريكين لصاحبه: أعتقت نصيبك وأنت موسر، فإن أقر الشريك بذلك فلا يخفى حكمه، وإن أنكر فالقول قول فإذا حلف عتقت حصة المدعي دون المنكر، ويكون الولاء عليه موقوفًا، وإن نكل المدعى عليه حلف المدعي، واستحق عليه قيمة نصيبه، وهل يقع الحكم بالعتق[(٥)] في نصيب المدعى عليه؟ قال العراقيون: لا؛ فإن الدعوى إنما توجهت عليه بسبب تغريمه القيمة، وإلاَّ فالدعوى على إنسان بإعتاق[(٦)] ملكه مردودة[(٧)]؛ كما لو ادعى على رجل أنه أعتق مملوكه[(٨)].

نعم: لو كان هذا المدعي شاهدًا، وانضم إليه آخر[(٩)]، وعدلا حكم بالعتق، وحكى الإمام وجهًا آخر: أنَّا ننفذ العتق في نصيب المدعى عليه بيمين الرد تبعًا.

ولو ادعى كل من الشريكين على صاحبه أنه أعتق حصته وهو موسر، فالعبد محكوم بحريته، والولاء موقوف.

ولو فرعنا على القولين [الآخرين فلا][(١٠)] يعتق من العبد شيء في هذه الصورة والصورة الأولى، وهل ينفذ تصرف المقر في حصته بالبيع والعتق وغيرهما؟ فيه وجهان في «الحاوي»:

= نصف الألف كما تقدم؛ لأن الإعتاق على مال كالخلع على مال؛ كما قاله الرافعي في الفصل المعقود لذلك، وهو في آخر كتاب الظهار. ثم إن صورة المسألة ما إذا قال: أعتقته عنك، وكذا إن أطلق على ما صححه الرافعي في الظهار، فإن قال: عني: ففي سرايته خلاف، نقف عليه - إن شاء الله تعالى - قبيل التدبير. [أ و].

(١) في جـ: نصيبه. (٢) في جـ: والثاني: يتناول نصيب شريكه لا غير.
(٣) في جـ: شريكه. (٤) في جـ: ربعه. (٥) في جـ: في العتق.
(٦) في جـ: أنه أعتق. (٧) في ب، د: مردود. (٨) في ب، د: ملكه.
(٩) في جـ: آخرون. (١٠) في جـ: الأخيرين لم.

أحدهما: يجوز؛ لاستقرار ملكه عليها بإبطال السراية إليها(١).

والثاني: لا؛ فإن الشريك لو عاد وصدّق المقر، وادعى القيمة - عتق؛ فلا نبطله بالتصرف(٢).

ولو قال أحدهما لصاحبه: مهما أعتقت نصيبك فنصبى حرّ، وفرعنا على الصحيح(٣)؛ والمقول له موسر - فإذا أعتق(٤) عتق عليه الكل، ويلزمه قيمة نصف القائل موسرًا كان أو معسرًا، قال الإمام: وهذا مما اتفق عليه الأصحاب.

ولو فرعنا على أن السراية لا تحصل إلاَّ بدفع القيمة: فإن جوزنا عتق الشريك لنصيبه(٥) بعد عتق [صاحبه عتق في هذه الحالة لكل(٦) واحد منهما نصيبه، وإن منعنا عتق الشريك حصته بعد عتق](٧) شريكه حصتة عتقت حصتة المنجز، وكان الحكم في حصة المعلق كما لولم يجر تعليق، وهذا ما نص عليه الشافعي - رضي الله عنه- وبقيّة أصحابه(٨) كما قال الماوردي(٩)، ووجهه: أن عتقه اقتضى حجرًا عليه بسبب الولاء، ولم ينفذ عتق محجور عليه.

فإن قيل: لم لا خرجتم ذلك على أن الاعتبار بحال التعليق، أو بحال [وجود](١٠) الصفة كما قلتم في تعليق عتق المفلس؟

قيل: هو وإن كان غير محجور عليه في الحال، لكنه علق(١١) عتقه بصفة يعلم وجودها في حال الحجر؛ فشابه ما إذا قال في صحته: إن دخلت الدار في مرض موتى فأنت حر؛ فإن الاعتبار بحال الصفة قولًا واحدًا في اعتبار ذلك من الثلث؛ لما [ذكرناه](١٢).

قال الإمام: [فإن](١٣) قيل: إذا قلنا بتعجيل(١٤) السراية فهلا كان العتق المعلق أولى بالنفوذ؛ فإنه وافق وقت السريان، ومما يقويه أن الملك ينتقل إلى المعتق، ثم يترتب عليه السريان، والعتق(١٥) المعلق يلاقى وقت نقل الملك، ولأجل هذا

---

(١) في جـ: والثاني عليها.
(٢) في د: بالنصف.
(٣) في جـ: التصحيح.
(٤) في جـ: وأعتق.
(٥) في جـ: نصيبه.
(٦) في ب: على كل.
(٧) سقط في د.
(٨) في جـ: أصحابنا.
(٩) في ب، د: في الحاوي.
(١٠) سقط في ب، د.
(١١) في جـ: على.
(١٢) سقط في جـ.
(١٣) سقط في جـ.
(١٤) في جـ: يتحمل.
(١٥) في ب، د: والمعتق.

السؤال قال المروزي: يحصل العتق متصلًا بإعتاق الشريك من غير ترتيب(١).

قال الإمام: وهذا لا يتجه(٢) من السؤال وغائلته؛ فإن الترتيب على نقل الملك إن ارتفع من التبين بقي(٣) مصادفة العتق المعلق للعتق(٤) بالسراية وهذا كافٍ في إشكال السؤال.

ثم الجواب(٥) في هذا أن يقال: إن منعنا عتق الشريك بعد عتق شريكه [فالمانع من نفوذ العتق ظاهر، وإن قلنا: بنفوذ عتق الشريك تنفيذًا منجزًا(٦) بعد عتق شريكه](٧) كما صار إليه ابن أبي هريرة، فلعله هو(٨) القائل: إن الشريك إذا أعتق نصيبه وقع عتق نصيبه في حال وقوعه على [نصيب شريكه](٩) من غير ترتيب، وحينئذ يندفع السؤال.

نعم، لو قال الشريك لشريكه: إن أعتقت نصيبك فنصبي حر حال عتقك حصتك، ففي «الشامل» حكاية وجهين:

أحدهما - وهو اختيار القاضي أبي الطيب-: أنه يعتق عليهما، وهو يستنبط من كلام القاضي الحسين - أيضًا - حيث قال: إذا قال أحدهما لشريكه: إذا أعتقت نصيبك فنصبي حر معه، فهل يقع العتق عليهما معًا، أو يقع المعلق بعد المنجز؟ فيه وجهان، فإن قلنا بالأول لم يرجع أحدهما على الآخر بشيء، وعتقت حصته عليه.

والثاني: أنه يعتق عن المباشر؛ لأنه استحق السراية، وما ذكروه لا يصح؛ لأنه [لا](١٠) يجوز أن يقع العتق المشروط قبل وجود الشرط فلا يصح وقوعه معه.

ولو قال: إن أعتقت نصيبك فنصبى حر قبل نصيبك، وقلنا بتعجيل السراية، وكان المعلق موسرًا - فمقتضى ما ذكرناه من قبل يقتضي أنه يعتق جزمًا على المباشر.

وقد قال الإمام: إن هذه قد تدور على مذهب الدور الذي صار إليه ابن الحداد في الطلاق، ولا شك في جريان الخلاف في قطع الدور هنا، بل قطعه هنا أولى؛

---

(١) في ب، د: غير مرتب.
(٢) في د: ينجيه.
(٣) في جـ: ففي.
(٤) في ب، د: العتق.
(٥) في جـ: والجواب.
(٦) في ب: تنجيزًا.
(٧) سقط في د.
(٨) في د: ظاهر.
(٩) في ب، د: نصيبه.
(١٠) سقط في جـ.

لأنه يؤدي إلى الحجر[١] على الغير في ملكه، وهو أبعد من تصرف المرء في حقه.

ووجهه: أن الشرط في نظم الكلام ووضعه: أن يتحقق، ثم ينظر في الجزاء: فإن امتنع [امتنع، ويلزم][٢] على مذهب الدور امتناع التصرف من الجانبين؛ إذا صدر التعليق من كل [واحد][٣] منهما وهو موسر، قال: ثم يجب طرد هذا [المذهب][٤] في جميع التصرفات، حتى إذا قال كل واحد منهما لصاحبه: مهما بعت نصيبك فنصبى حر قبل بيعك، فلا ينفذ البيع ولا العتق، وبمثل هذا يستبين المُنْصِف بطلان المصير إلى الدور اللفظي.

ولو كان المعتق بين ثلاثة: لأحدهم[٥] نصفه، ولآخر[٦] ثلثه، ولآخر[٧] سدسه، فأعتق صاحب الثلث والسدس حصتيهما في وقت واحد وهما موسران - سرى العتق إلى النصف الباقي عليهما، وفي كيفية التقويم قولان:

أحدهما: أنه عليهما نصفين.

والثاني: [أنه][٨] على قدر الملكين؛ فيغرم صاحب الثلث قيمة الثلث، وصاحب السدس قيمة السدس.

وبعض الأصحاب جزم بالأول؛ لأن ذلك شبيه بتغريم الجناة أرش الجراحات[٩]، والغرم[١٠] في الجراحات على عدد الرءوس، وهذا ما أورده في «المهذب»، و«الشامل»، و«الحاوي»، وحكاه[١١] الرافعي، وجعله[١٢]، الأظهر باتفاق طرق[١٣] الأصحاب، إلاَّ الإمام فإنه قال: ليس هذا بذاك؛ لأن الجراحات لها غور وضبطها غير ممكن[١٤]؛ فلذلك رجعنا إلى عدد الرءوس، بخلاف ما

---

(١) في د: الحجة. (٢) في ج: امتناع جازم. (٣) سقط في ب، د.
(٤) سقط في ب، د. (٥) في ب، ج، د: لأحدهما.
(٦) في ب، د: وللآخر. (٧) في ب، د: وللآخر. (٨) سقط في ب، د.
(٩) في ج: الجنايات. (١٠) في د: والعرف. (١١) في ب، د: وقال.
(١٢) في ب، د: إنه. (١٣) في ب، د: فِرَق.
(١٤) قوله: ولو قال: المعتق بين ثلاثة: لأحدهم نصفه، ولآخر ثلثه، ولآخر سدسه، فأعتق صاحب الثلث والسدس حصتهما في وقت واحد، وهما موسران، سرى العتق إلى النصف الثاني عليهما.
وفي كيفية التقويم قولان:

=

نحن فيه.

وقال القاضي الحسين: يحتمل أن يقال: إن [قلنا: إن][(١)] السراية تحصل بنفس العتق، فهي على عدد الرءوس، وإلاَّ فقولان كما في الشفعة، ولو كان أحد الشريكين معسرًا والآخر موسرًا [ففي «تعليق» القاضي الحسين عند الكلام فيما إذا كان المعتق موسرًا][(٢)] ببعض القيمة: أنه يعتق على الموسر بالسراية ما كان يخصه لو كانا موسرين، ثم قال: وقيل[(٣)]: ويحتمل أن يقال: يقوّم جميع نصيب الذي لم يعتق على هذا الموسر. وهذا ما أورده ابن الصباغ والماوردي، وكذلك القاضي الحسين - أيضًا - حكاه في موضع آخر من «تعليقه»، وقال: إنه لا خلاف فيه.

ولو ملك نصفين من عبدين قيمتهما متساوية، وله ما يفي بقيمة نصف أحدهما، فأعتق حصته منهما معًا - فعن ابن الحداد: أنه يعتق من كل عبد بالسراية ربعه، لتكملة ثلاثة أرباعه، وبه جزم القاضي الحسين. وعن غيره: أنه يقرع بينهما؛ فمن خرجت عليه القرعة كملت الحرية فيه.

والخلاف المذكور يجري فيما لو كان العتق في المرض، وكان [الثلث][(٤)] لا يفي إلاَّ بقيمة أحد العبدين، حكاه القاضي الحسين، والإمام جزم بالقرعة في الأخيرة، وفرق بينه وبين ما إذا قال: إذا مت فأعتقوا من كل عبد نصفه - حيث لا يقرع، بل يقتصر العتق على نصف كل منهما مع خروجهما من الثلث - بأن المالك إذا ذكر العتق في العبد كان كما لو وجه العتق على كمال العبد، ولو

= أحدهما: أنه عليهما نصفين، والثاني على قدر الملكين. وبعض الأصحاب جزم بالأول؛ كالجراحات، ثم قال: وهذا ما أورده في المهذب، والشامل، والحاوي، وقال الرافعي: إنه أظهر؛ باتفاق فرق الأصحاب إلا الإمام؛ فإنه قال: ليس هذا كذلك؛ لأن الجراحات لها غور، وضبطها غير ممكن. انتهى كلامه.
وما نقله عن الرافعي من الحصر ليس كذلك، فإن الرافعي قد نقل ذلك عن الإمام الغزالي، ولعل المصنف اعتمد على الروضة في النقل عن الرافعي، فإنه قد وقع فيها ذلك، واعلم: أن كلام المصنف يوهم أن فرق الأصحاب رجحوا التنصيف مع كونهم قائلين بالقولين؛ وليس كذلك، بل المراد اتفاقهم على القطع. [أ و].

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في د.
(٣) في ب، د: قيل.
(٤) سقط في ج.

أعتقهما تنجيزًا وزادت قيمتهما على الثلث أقرعنا؛ فكذلك هاهنا، وليس كذلك إذا أوصى بإعتاق نصفي عبدين؛ فإن الإعتاق في الأنصاف مضاف إلى وقت لا يتصور فيه سريان.

وهذا كله في سراية العتق من بعض إلى بعض، وأما سراية العتق من شخص إلى شخص فلا شك فيها - أيضًا - وذلك بأن يعتق الأمة الحامل برقيق له؛ فإن الولد يعتق، ولكن اختلف الأصحاب في كيفية عتقه: فمنهم من جعله على جهة السراية؛ لأنه جزء من أجزائها، ومنهم من قال: إنما عتق على [جهة التبع، وعليهما][(١)] - يخرج ما لو قال: أعتقت الحمل، فعلى الأول تعتق الأم - أيضًا - وهو قول أبي إسحاق، وعلى الثاني: لا؛ لأن الأم لا تكون تبعًا للولد، وهذا ما عليه الجمهور، وهو المذهب في «تعليق» القاضي الحسين، وعلى الخلاف يخرج - كما قال القاضي الحسين - ما إذا قال: أعتقت الجارية دون حملها[(٢)]، فعلى الأول يعتقان، وبه جزم المتولي في كتاب الظهار، وعلى الثاني: تعتق الأم خاصة.

ولو كانت الجارية لشخص والحمل لآخر - لم يسر العتق من الولد إلى الأم بلا خلاف، وكذلك[(٣)] لا يسري من الأم [إلى الولد][(٤)] على الأصح.

قال القاضي الحسين: ومن[(٥)] أصحابنا من قال: يعتق الولد، ويجب على معتق[(٦)] الأم قيمته[(٧)] وقت الخروج من البطن.

واعلم أن محل نفوذ العتق في الحمل إذا أورده عليه خاصة إذا نفخت فيه الروح، أما إذا لم تنفخ فيه قال القاضي في «فتاويه»: لم[(٨)] يعتق.

قال: **وإن قال لغيره: أعتق عبدك عني، فأعتقه[(٩)] عنه - دخل في ملك السائل، وعتق عليه**؛ تشوفًا للعتق، كما سرى إلى ملك الغير بغير رضاه لأجل ذلك. ولا فرق في صحة ذلك بين أن يقول: أعتقه عني مجانًا، أو بعوض، أو يطلق، لكنه إذا صرّح بنفي العوض كان الملك الحاصل هبة، وإن صرح بذكر العوض وسماه كان الملك الحاصل فيه[(١٠)] بحكم عقد معاوضة؛ فيستحق فيه

---

(١) في ب: وجه التبع وعليها، وفي د: وجه البيع وعليها.
(٢) في جـ: الحمل. (٣) في ب، د: وكذا. (٤) سقط في جـ.
(٥) في ب: من. (٦) في جـ: المعتق. (٧) في جـ: قيمة.
(٨) في جـ: لا. (٩) في جـ: وأعتقه.
(١٠) في ب، د: هبة، وإن صرح بذكر العوض وسماه؛ كان الملك الحاصل.

المسمى إن كان صحيحًا.

قال الأصحاب: وكذا لو ذكر عوضًا فاسدًا من خمر أو خنزير[(١)]، وترتب العتق عليه - وقع العتق عن المستدعى، واستحق عليه البدل، كما سنذكره في «الخلع».

وأشار الغزالي إلى اعتراض على إلحاق ذلك بالخلع وجوابٍ[(٢)] عنه:

أما الاعتراض فإن الخلع ليس فيه اختلاف ملك، وإنما هو إسقاط حق يستقل به الزوج، والعتق عن المستدعى يتضمن نقل ملك؛ فوجب ألاَّ يحتمل فساد العوض، كما في سائر التمليكات.

نعم، نظير الخلع ما إذا قال: أعتق عبدك عن نفسك[(٣)] فإنه غير متضمن نقل ملك[(٤)].

وأما الجواب فهو[(٥)] أن الملك الحاصل للمستدعى يحصل في ضمن الإعتاق عنه، والملك الضمنى لا تعتبر فيه الشرائط التي[(٦)] تعتبر في التصرفات الأصلية، وكذلك[(٧)] لا يعتبر القبض في الإعتاق عن الغير باستدعائه مجانًا، وإن كان ذلك يتضمن الهبة، والهبة تفتقر إلى القبض، لكن لك أن تقول: قد تقدم في باب الهبة أن الموهوب له لو أعتق الموهوب بإذن الواهب، ناب ذلك مناب القبض، وصح العتق، وإعتاق المالك هنا بإذن المستدعى أقوى من إذن الواهب في الدلالة على الرضا؛ فكذلك[(٨)] لم يعتبر القبض فيه، وإذا كان كذلك فهو موافق للتصرفات الأصلية؛ فلا يحسن به الاستشهاد.

نعم، يحسن الاستشهاد بما قاله القفال من أنه: إذا قال: أعتقه عني على ألف، والعبد مستأجر، أو مغصوب، فأعتقه - جاز، وإن كان المعتق عنه ممن لا يقدر على الانتزاع، فلو سلك بالتمليك الضمني مسلك التمليكات المقصودة لما صح في حال كونه مستأجرًا على قول، وكونه مغصوبًا جزمًا، على أن ما ذكره القفال لا يبعد جريان الخلاف[(٩)] فيه مما سنذكره.

---

(١) في جـ: وخنزير.
(٢) في جـ: وجوابه.
(٣) في جـ: نصيبك.
(٤) في د: ذلك.
(٥) في ب: هو.
(٦) في جـ: تصير.
(٧) في ب، د: ولذلك.
(٨) في ب: ولذلك.
(٩) في ب، د: خلاف.

ولو أطلق استدعاء العتق عنه ولم يسم عوضًا ولا نفاه، فهل يحمل على الاستدعاء بعوض، أو بغير[١] عوض؟ فيه وجهان عن رواية صاحب «التقريب» شبيهان بوجهين تقدم ذكرهما فيما إذا قال لغيره: اشتر لي [بثوبك هذا كذا][٢] فاشتراه، وصححناه له - أن ذلك يكون هبة أو قرضًا.

ووجه جعله هبة يعضد جواب الغزالي ويمنع الاعتراض، وقد بنى بعضهم الوجهين على الخلاف فيما إذا قال لغيره: اقض ديني، ولم يشترط الرجوع، ومقتضاه أن يكون الصحيح ثبوت العوض؛ إذ الصحيح - في مسألة قضاء الدين - الرجوع، وخصص الإمام، وأبو الفرج هذا البناء بما إذا قال: أعتقه عن كفارتي؛ فإن العتق حق ثابت عليه كالدين، فأما إذا قال: أعتقه عني؛ ولا عتق عليه أو لم[٣]، يقصد وقوعه عنه - فقد أطلق أبو الفرج أنه: لا شيء عليه، ورأى الإمام تخريجه على أن الهبة هل تقتضي عوضًا أم لا؟ وعلى هذا يكون في قدر الغرم الخلاف المذكور في ثواب الهبة، كذا أشار إليه الإمام، ويظهر ألاَّ يجيء قول الثواب إلى الرضا؛ لأن ثم إذا لم يرض كان للموهوب له رد الموهوب، وهنا قد تعذّر الرد بعتقه؛ فيؤدي إلى الإضرار بالمعتق.

نعم، قد يقال بجريانه، ويكون عند عدم الرضا للموهوب له فسخ الهبة، ويصير الواجب قيمة العبد؛ كما لو أعتق المشتري العبد المبيع، ثم فسخ العقد بسبب في الثمن، وحينئذ لا يكون أيضًا في المسألة إلاَّ قولان.

وعلى كل حال، فقد اختلف الأصحاب في وقت نقل الملك للمستدعى على أربعة أوجه، ذكرها ابن الصباغ وغيره في كتاب الظهار:

أحدها: أنه يدخل في ملكه بالاستدعاء، ويعتق بالإعتاق، وليس بصحيح؛ لأن الإيجاب شرط فلا يتقدم الملك على شرطه.

والثاني: أنه إذا حصل الاستدعاء والإيجاب دخل في ملكه بشروعه في الإيجاب، وعتق بتمامه، وهذا يلزم عليه ما لزم على الأول.

والثالث: أن الملك والعتق يقعان في حالة واحدة عقيب الإيجاب، وهذا قول أبي إسحاق المروزي، وهو نظير قوله في كيفية نقل الملك عند سريان العتق

---

(١) في جـ: وغير. (٢) في ب: ثوبك هذا بكذا. (٣) في ب: ولم.

وملك القريب، كما ذكرناه.

والرابع: أن الملك يقع عقيب الاستدعاء والإيجاب، ويترتب عليه العتق، وهو اختيار الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب، وهو الصحيح في «الشامل»؛ لأن[١] وقوع عتقه عنه يقتضي[٢] إثبات ولاية[٣] له، وذلك لا يكون إلا بتقدم الملك؛ فلم يقع العتق بحكم اللفظ، وليس يمتنع أن يوجد لفظ العتق، ولا يعقبه[٤] العتق[٥]؛ لعدم الشرط؛ ألا ترى أنه لو قال: أعتقه[٦] عنك بألف، فقال: قبلت - وقع العتق عقيب القبول متأخرًا عن لفظه؟!

وقد حكى الإمام عن الشيخ أبي محمد وجهًا خامسًا، وقال: إن غالب ظني أنه حكاه عن القفال-: أن الملك يحصل مع آخر اللفظ، ويعتق بعده[٧].

قال الإمام: وما[٨] يُلوِّحُ به عن اتجاهه[٩]؛ لقربه من مذهب أبي حامد، ففساده[١٠] من وقوعه[١١] في مذهب أبي إسحاق، وبالجملة: فقد اختلف أئمتنا في أن من طلّق أو أعتق - فحكم لفظه متى يثبت[١٢]؟ فمنهم من قال: يثبت[١٣] من آخر حرف من اللفظ، وهو حسن[١٤]، ومنهم من قال: يحصل حكم اللفظ بعده على الاتصال، ويعاقبه معاقبة الضد[١٥]. فإن قلنا: الحكم يحصل مع آخر اللفظ، فيتجه ما حكاه شيخي من حصول الملك مع آخر لفظ، مع استئخار[١٦] العتق عنه للضرورة؛ فيئول الأمر[١٧] إلى اختلاف الشيخين في أن أحكام اللفظ متى تحصل؟ فإن قلنا: حكم اللفظ يحصل بعده، فعلى ذلك ينطبق قول الشيخ أبي حامد، وإن قلنا: حكم اللفظ يقع [مع][١٨] آخره، فالملك يحصل في أول حصول حكم اللفظ، والعتق استأخر[١٩] للضرورة، وعلى هذا[٢٠] ينطبق كلام الشيخ أبي محمد لكن الملك على هذا الوجه قد حصل[٢١] قبل أوانه؛ فلا فرق

---

(١) في د: إن. (٢) في جـ: يتضمن. (٣) في جـ: ولائه.
(٤) في ب، د: يتعقبه. (٥) في د: المعتق. (٦) في ب، د: أعتقته.
(٧) في جـ: بعبده. (٨) في جـ: وهذا. (٩) في د: اتجاه.
(١٠) في جـ: وفساده. (١١) في جـ: رجوعه. (١٢) في جـ: ثبتت.
(١٣) في جـ: ثبتت. (١٤) في د: حر. (١٥) في د: العبد.
(١٦) في ب، د: استنجاز، وفي جـ: تأخر. (١٧) في ب: قبول.
(١٨) سقط في د. (١٩) في ب، جـ: استأجر. (٢٠) في جـ: ذلك.
(٢١) في جـ: يحصل.

بين أن يقع كذلك، وبين أن يقع عند الخوض في اللفظ كما صار إليه صائرون، أو قبل لفظ العتق كما ذهب إليه ذاهبون، وقد تفهم عبارة الرافعي في الحكاية عن الإمام[(١)] ما يلزم منه أن يكون قول الشيخ أبي حامد كقول أبي إسحاق، لكنك[(٢)] إذا تأملتها وجدتها وافية بما ذكرناه، والله أعلم.

تنبيه: محل وقوع العتق عن المستدعى وإلزامه[(٣)] العوض إذا اتصل الجواب بالخطاب، أما إذا طال الفصل فالعتق يقع عن المالك، ولا شيء على المستدعي، ولهذا المعنى قال الشيخ: «فأعتقه عنه»، فأتى بلفظ الفاء التي تقتضي التعقيب، وهذا عند إطلاق اللفظ، أما إذا قال: إذا جاء الغد فأعتق عبدك عني بألف، فصبر حتى جاء الغد فأعتقه عنه - فعن حكاية صاحب «التقريب»[(٤)] عن الأصحاب: أنه ينفذ العتق [عنه][(٥)]، ويثبت المسمى عليه، ووقوع العتق عنه موافق لما صرّح به ابن الصباغ وغيره: أن العتق عن الميت يجوز من الأجنبى ومن غيره إذا كان قد وصى به، وأما لزوم المسمى فالصورة شبيهة بما إذا قالت المرأة لزوجها: طلقنى غدًا ولك عليَّ كذا[(٦)]، وقد ذكر في ذلك أن الزوج إذا طلق في الغد أو قبله هل يستحق المسمى أو مهر المثل؟ فيه وجهان:

قال الرافعي: فليجيء مثله هنا أيضًا في القيمة أو ثبوت المسمى إذا أعتق في الغد، وهو ما أبداه الإمام بعد حكايته ما ذكرناه عن صاحب «التقريب» .

وحكى في «الأشراف» عن الزجاجى قولين فيما إذا قال السائل: أعتق عبدك عنى غدًا على ألف، فقال المسئول: هو حُرٌّ [غدًا][(٧)] على ألف هل يستحق المسمى أو قيمة العبد؟ وأنهما شبيهان بما إذا قال: أعتق عبدك الآبق [عني][(٨)] على ألف، فأعتقه [عنه][(٩)]، وفيه جوابان؛ لأن التمليك [في الصورتين ضمني][(١٠)].

ولو قال: المالك لغيره: عبدي عنك حر على ألف[(١١)] إذا جاء الغد، فقال المخاطب: قبلت - حكى صاحب «التقريب»: أنه كتعليق الخلع، وصورته: أن

---

(١) في جـ: الأم.
(٢) في د: لكن.
(٣) في ب: والتزامه.
(٤) في جـ: التهذيب.
(٥) سقط في ب.
(٦) زاد في جـ، د: أو على كذا.
(٧) سقط في ب.
(٨) سقط في ب.
(٩) سقط في ب.
(١٠) في د: صورتين ضمنيتين.
(١١) في ب، د: بألف.

يقول: طلقتك على ألف إذا جاء الغد، فقالت: قبلت، وقد ذكر في وقوع الطلاق وجهان، أظهرهما: الوقوع.

ثم إذا وقع فهل الواجب مهر المثل أو المسمى؟ فيه وجهان، أقربهما الثاني، فكذلك يجيء الخلاف هاهنا في وقوع العتق عن المخاطب، وإذا وقع فالخلاف في صحة المسمى وفساده.

قال الرافعي: وقد ذكر في الفرق بين الصورتين: أن في الأولى لم يوجد تعليق في العتق المتضمن للتمليك، وفي الثانية العتق معلق، ومن هنا أبديت احتمال جريان وجه على خلاف ما قاله القفال فيما إذا كان العبد المستدعى عتقه مغصوبًا أو مستأجرًا؛ فإن [من لم يصحح][1] العتق نظر إلى [كونه متضمنًا للمعاوضة][2]، والمعاوضة المقصودة لا تقبل التعليق، وكذلك إذا كانت ضمنية، وقد يقال: إن منافاة التعليق لعقود المعاوضات أبلغ من غيره من المفسدات؛ فلا يتجه الإلحاق.

فروع:

لو قال: أعتق مستولدتك عني على ألف، أو: وعليَّ ألف، فقال: أعتقتها عنك - نفذ العتق، ولغا قوله: عنك؛ فإن المستولدة لا تقبل النقل.

وفي «التهذيب» - قبيل باب كتابة الكافر - حكاية وجه: أن العتق لا ينفذ كما لو أعتق عبده عن الغير بغير أمره لا ينفذ عن الغير ولا عنه على وجه، وقد حكاه الإمام أيضًا في أثناء فروع العتق عن رواية الشيخ أبي علي.

وفيه وجه آخر أنه: يُلْغَى قوله: عنى، ويصير كقوله: أعتق [أم ولدك][3] على ألف؛ فإنه يكون اقتداء جزمًا، وقد احتج بالأول على أنه إذا وصف العتق [بمحال][4] نفذ ولغت الصفة، كما أُلْغِيَ قوله: عنك، من قوله: أعتقت عنك.

ثم المذهب في «النهاية»: أنه لا يستحق على المستدعى عوضًا، وبه جزم في «التهذيب» في الكتابة. وقد جزم الإمام به فيما إذا قال: طلّق زوجتك عني على

---

(١) في د: سلم تصحيح، وفي ب: مسلم يصحح.

(٢) في د: تضمينه المعاوضة، وفي ب: تضمنه المعاوضة.

(٣) في جـ: مستولدتك.

(٤) سقط في د.

ألف؛ لأنه قد يتخيل في المستولدة الانتقال إليه، بخلاف الطلاق.

لو قال: أعتق عبدك عن نفسك وعليَّ ألفُ، ففعل - صح العتق، وهل يلزم المستدعى الغرم؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم؛ كما لو قال: أعتق أم ولدك عنك على ألف، أو: أعتق أم ولدك على ألف، ولم يقل: عنك، أو: طلق زوجتك على كذا.

والثاني - وبه قال الخضري وصاحب «التلخيص»-: [لا](١)؛ لأن عتقه عن المستدعى ممكن، وبذل العوض في الخلاص(٢) إنما يثبت للضرورة، فإذا أمكنت جهة في العتق غير التخليص لم يصح بذل العوض على التخليص، فعلى هذا يقع العتق عن المعتق وله الولاء، وهذا ما جزم به المتولي في كتاب الخلع.

وعلى الأول العتق يقع عنه، أو عن باذل العوض؟ فيه وجهان عن رواية صاحب «التقريب» والشيخ أبي محمد:

أحدهما: أنه يقع عن باذل العوض، وإلاَّ فلا معنى لوجوب العوض عليه، وهذا ما حكاه أصحابنا العراقيون، وقال الإمام: إنه في نهاية الفساد والسقوط؛ فإن من صرف العتق إليه حيث يستدعيه عن نفسه على عُلالة، فكيف يصرف العتق إليه وقد(٣) نفاه عن نفسه؟!

ولأجل ذلك جزم البغوي والمتولي بمقابله كما حكاه الرافعي، وصححه.

إذا قال: أعتق عبدك ولك عليَّ كذا، ولم يقل: عنى، ولا: عن نفسك - فوجهان:

أحدهما: أنه كما لو قال: أعتقه عني.

وأشبههما: أنه كما لو قال: أعتقه عن نفسك، وقد نقله في «الزوائد»(٤) عن القاضي أبي الطيب حيث قال: إن العتق ينفذ والمال يلزم المستدعى، وفي ولائه وجهان:

أحدهما: للسائل.

والثاني للمعتق.

---

(١) سقط في ب، د.
(٢) في د: الخلاف.
(٣) في ب، د: هو.
(٤) في د: الرواية.

إذا قال: أعتق عبدك عني على ألف بشرط أن يكون الولاء لك، قال المتولي في كتاب الخلع: المذهب المشهور: أنه يفسد شرط الولاء، ويقع العتق عن السائل وعليه الألف، وأنه خرّج في المسألة وجه أن العتق يقع عن المالك، والمال مردود، كذا [وقفت][١] عليه.

وفي «الرافعي» حكاية عنه: أنه على المشهور يلزمه القيمة.

إذا قال لمن له حصة في عبد: أعتق حصتك عني على ألف، فقبل[٢] عتقت، وكان ولاؤها للسائل، ويسري العتق إلى نصيب[٣] الشريك، ويجب تقويمه على الشريك المباشر، كذا حكاه في «البحر» وابن[٤] الصباغ وغيره في باب الكتابة، وطرده الروياني فيما [إذا][٥] قال أحد الشريكين لشريكه: أعتق نصيبك عني، فأعتقه - سرى إلى نصيب الشريك، وكان الولاء للسائل، والغرم على الشريك المعتق بالسؤال.

قال: وإن أعتق أحد عبديه أو إحدى أمتيه، [أي][٦]: على الإبهام - عين العتق فيمن شاء منهما؛ لأن له أن يوقع العتق معينًا، فإذا أبهمه كان له تعيينه كما في الطلاق. ثم التعيين واجب على الفور؛ [لتتميز][٧] الحرية من غيره.

فإن قال: هو سالم، لا بل[٨] غانم - عتق سالم دون غانم، ونظيره إبهام الطلاق بين [الزوجين][٩]، والفروع المذكورة [ثم بعينها مذكورة][١٠] هنا، والجواب فيهما[١١] واحد، وقد عبر[١٢] القاضي الحسين عن[١٣] الخلاف المذكور عند التعيين في أن العتق يقع من حين اللفظ أولا يقع إلا بالتعيين؛ فإنا على الأول نقول: العتق واقع[١٤] ولكن [لم يميز محله][١٥] وعلى الثاني نقول: الذي جرى[١٦] التزام إعتاق في الذمة.

قال: فإن مات، أي ولم يعين قام وارثه[١٧] مقامه؛ [لأنه خيار ثابت يتعلق به

---

(١) في جـ: وقعت.　(٢) في ب، د: فأعتقها.　(٣) في ب: نصف.
(٤) في د: ابن.　(٥) سقط في جـ.　(٦) سقط في جـ.
(٧) في ب: لتتم.　(٨) زاد في د: هو.　(٩) في جـ: الزوجتين.
(١٠) سقط في جـ.　(١١) في جـ: فيها.　(١٢) في ب: عين.
(١٣) في ب: عين.　(١٤) في جـ: وقع.
(١٥) في ب: لم يبن محله، وفي د: ما تبين محل وقوعه.
(١٦) في جـ: أجرى.　(١٧) في جـ: الورثة.

الملك فقام الوارث فيه مقامه][1] كخيار الشفعة، والرد بالعيب، وقيل: **لا يقوم**؛ قياسًا على تعيين الطلاق المبهم في أحد الزوجين.

وحكى المراوزة عن بعضهم القطع به، فعلى هذا يقرع بينهما.

قال: وليس بشيء؛ لأن امتناع التعيين في الطلاق كان لأجل أنه يتضمن إسقاط وارث في الظاهر، والوارث لا يملك إسقاط من يشاركه في الميراث، وهذا المعنى مفقود [هنا، ولأن امتناع التعيين في الطلاق لأجل أنه فيما لم ينتقل إليه، و[هو][2] هاهنا في المال، وهو منتقل إليه، وقد جعل القاضي الحسين هذا الخلاف مخرجًا على الخلاف فيما إذا عيّن الوارث[3] هل يكون إيقاعًا منجزًا [عما التزمه][4] في الذمة، [أو يتبيّن محل العتق السابق][5]؟ فعلى الأول [يكون][6] للورثة التعيين، وعلى الثاني لا.

قال: **وإن وطئ إحدى الأمتين كان ذلك تعيينًا للعتق في الأخرى**؛ لأنه تعيين شهوة واختيار فصح[7] بالوطء كفسخ[8] البيع بوطء البائع الجارية المبيعة في زمن الخيار، وهذا هو الصحيح في «البحر»، وبه قال أكثر الأصحاب كما قاله ابن الصباغ وقيل[9]: لا يكون تعيينًا؛ لأن العتق لا يقع بالفعل، فكذلك تعيينه.

وحكى القاضي الحسين الخلاف المذكور قولين، وبناهما على أن الذي [جرى عتق ناجز أو التزام][10] عتق[11] فعلى الأول يكون تعيينًا، وعلى الثاني لا يكون تعيينًا.

قال الإمام: وهذا عندنا بالعكس، ثم إذا قلنا: إنه ليس بتعيين، فإن عيّن غير الموطوءة للحرية فلا إشكال في أنه لا يجب عليه المهر، وإن عيّن الموطوءة للحرية، قال القاضي الحسين: لا نوجب[12] المهر؛ لأنّا إنما لا نجعل الوطء تعيينًا على قولنا[13]: إنه التزام عتق في الذمة فيكون قد وطء مملوكته، والعتق يقع بعد ذلك، ولو قبّل واحدة منهما.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في ب، جـ.
(٣) في جـ: المورث.
(٤) في ب، د: أو التزام إعتاق.
(٥) سقط في ب، د.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: يصح.
(٨) في ب، جـ: لفسخ.
(٩) في جـ: وما.
(١٠) في جـ: عتقًا ناجزًا والتزام.
(١١) زاد في ب، د: ناجز.
(١٢) في ب، د: يجب.
(١٣) في د: قول.

فإن قلنا: إن الوطء يكون تعيينًا، فهاهنا وجهان؛ لأن حكم الوطء أعظم من حكم القبلة؛ فلا يقدم عليه المسلم في الغالب، قاله القاضي الحسين.

وقال: إن الاستخدام مرتب على القبلة وأولى بألاّ يكون تعيينًا.

قال الإمام: وهذا يوجب لا محالة طرد الخلاف في أن الاستخدام هل يكون فسخًا أو إجازة(١) [في زمن الخيار، وكأنه قرع سمعي هذا من الخلافيين.

فرع: إذا ماتت](٢) إحداهما قبل البيان، قال القاضي الحسين: إن قلنا: إن الواقع التزام [عتق](٣) في الذمة، فقد بطل النذر؛ كما لو قال: لله عليّ أن أعتق أحد هذين العبدين، فمات واحد منهما؛ فإن النذر يبطل، فإن قلنا: إنه إعتاق منجز(٤) في الحال، لكن محله غير معيّن - فيؤمر بالتعيين: فإن عين الميتة تعينت الأخرى للرق، وإن [عيّن الحية تبيّن](٥) موت الأخرى [على الرق](٦).

وجزم الإمام بأنا إذا قلنا: إن العتق يقع على التعيين، فإن الباقية تتعيّن للحريّة.

ولو قتل أجنبي إحداهما فعلى الأول بطل النذر، وعلى القاتل القيمة، وعلى الثاني لا، فإن عين المقتولة للحرية وجبت دية حرة، وإن عيّن الباقية وجبت القيمة على الجانى، وعتقت الحيّة.

فرع: إذا باع إحداهما، أو وهبها، أو أجرها فهل يكون اختيار أمته للملك [في ذلك](٧) أم لا؟ حكمه حكم الاستخدام، فإن قلنا: يكون اختيارًا، صحَّ البيع، قاله القاضي الحسين وكان يتجه أن يتخرج على الخلاف في نظير المسألة من بيع الأب ما وهبه لولده(٨).

---

(١) في ج: إجارة.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج، وفي ب: عقد.
(٤) في ب، د: موقع.
(٥) في ج: عين الأخرى يبين، وفي ب: عتق الحية تبين، وفي د: عين اللحية تبين.
(٦) في ب، د: رقيقة.
(٧) في ج: فيها.
(٨) قوله: - فيما إذا أعتق أحد عبديه أو إحدى أمتيه -. ثم قال:
فرع: إذا باع إحداهما أو وهبها أو أجرها، فهل يكون اختيارًا منه للملك في ذلك، أم لا؟ حكمه حكم الاستخدام، فإن قلنا: يكون اختيارًا، صح البيع، قاله القاضي الحسين، وكان يتجه أن يتخرج على الخلاف في نظير المسألة من بيع الأب ما وهبه لولده. انتهى كلامه.
وهذا البحث الذي ذكره -رحمه الله- قد نبه في حاشية هذا الكتاب على فساده، فقال: إن هذا التخريج لا وجه له؛ لأن الملك ثَمَّ قد زال، وهو يريد استرجاعه وقطعه بالبيع، واللفظ الواحد لا يصلح مملكا وقاطعًا للملك، ولا كذلك هنا، فإن الملك دائم؛ فلا منافاة. هذا كلامه. [أ و].

ولو أعتق إحداهما، **قال: لا يكون تعيينًا**، ويقال له: عيّن، فإن عيَّن المعتقة رقَّت الأخرى، وإن عيّن الأخرى عتقتا.

قال: و[إن][١] **أعتق أحدهما بعينه ثم أشكل ترك حتى يتذكر**، فإن تورع في ذلك، أو عيّن وتورع [في][٢] العتق، فالحكم فيه كما في نظير المسألة من الطلاق.

وحكى الإمام هنا عن الأصحاب أنه يحبس عند دعواه النسيان، وقال: إن غالب ظني أني ذكرته في مسائل الطلاق.

فرع: لو قتل حر أحدهما، ثم عيّنه السيد للحرية - قال القاضي الحسين: في وجوب القصاص[٣] عليه وجهان؛ كما ذكرنا فيما إذا أعتق عبيدًا في مرض موته، فجاء أجنبي وقتل واحدًا منهم قبل موت السيّد.

قال: **وإن مات قام الوارث مقامه**؛ لأن له طريقًا إلى معرفته، مع أن ما وقع فيه [من][٤] الإشكال انتقل إليه، وبهذا خالف نظير المسألة من الطلاق حيث جرى في الرجوع [إليه][٥] قولان، وقد أجراهما في «البحر» وبعض المراوزة [هنا][٦] [أيضًا][٧] وبعضهم جزم بالمنع، وقال: إنه يقرع بينهما.

ويجيء من مجموع قولهم في هذه المسألة ثلاث طرق:

أحدها: طرد القولين في الحالين.

والثاني: الجزم بعدم[٨] الرجوع إليه في الصورة الأخيرة، وحكايتهما في الصورة [الأولى][٩].

والثالث: الجزم بالمنع في الأولى وحكاية القولين في الأخيرة.

وما قاله الشيخ يكون طريقة رابعة.

قال: **فإن قال الوارث: لا أعرف، أقرع بينهما في أحد القولين، فمن خرجت عليه القرعة عتق**؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر، [ولا مَرَدَّ][١٠] يرجع إليه، وفي البقاء على ذلك إضرار بالوارث والمعتق؛ فرجح أحدهما

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في د: القضاء.
(٤) سقط في ب، د.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في ب.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في جـ: بعد.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) في جـ: والأمر.

بالقرعة، وهو المنصوص في «المختصر»، وفي كتاب العتق والوصايا.

قال: **ووقف الأمر في القول الآخر**؛ لأن القرعة قد تفضى إلى إرقاق الحر فمنع منها، وهذا نسبه بعضهم إلى ابن أبي هريرة، وبعضهم رواه قولًا منصوصًا، واتفق الأصحاب على ضعفه.

وقال القاضي الطبري: هذا القول لا أعرفه للشافعى - رضي الله عنه - ولم يحكه القاضي[1] أبو حامد في «جامعه».

قال: **ومن ملك أحد[2] الوالدين وإن علوا، أو من المولودين وإن سفلوا - عتق عليه.**

أما في الأولاد؛ فلقوله تعالى: ﴿وَقَالُواْ ٱتَّخَذَ ٱلرَّحۡمَٰنُ وَلَدٗاۗ سُبۡحَٰنَهُۥۚ بَلۡ عِبَادٞ مُّكۡرَمُونَ﴾ [الأنبياء: ٢٦]؛ فدلَّ على أنهم لمّا كانوا عبادًا لم يجز أن يكونوا أولادًا؛ فانتفى بذلك استقرار ملك على ولد.

وقوله تعالى: ﴿وَمَا يَنۢبَغِي لِلرَّحۡمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ٩٢ إِن كُلُّ مَن فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ إِلَّآ ءَاتِي ٱلرَّحۡمَٰنِ عَبۡدٗا ٩٣﴾ [مريم: ٩٢، ٩٣] يعطى هذا المعنى أيضًا.

وأما في الآباء، فلقوله ﷺ: «لن يَجْزِيَ وَلَدٌ وَالِدَهُ؛ إلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيَعْتِقَ عَلَيْهِ»[3]، وروى: «فَيعْتِقَهُ»[4]، وهذه الرواية محمولة على الأولى، ويكون التعبير [عن «العتق» بـ«الإعتاق»][5] كقوله - عليه السلام-: «يَا كَعْبُ، النَّاسُ غَادِيَانِ: بَائِعٌ نَفْسَهُ فَمُوبِقُهَا، ومُشْتَرٍ نَفْسَهُ فَمُعْتِقُهَا»[6].

فإن قيل: فقد روي أن النبي ﷺ قال: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَقَدْ عَتَقَ عَلَيْهِ»[7] كما

---

(١) في جـ: الشيخ. (٢) في ب، د: إحدى.

(٣) أخرجه مسلم (٢/ ١١٤٨) كتاب العتق، باب: فضل عتق الوالد، برقم (٢٥/ ١٥١٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) تقدمت هذه الرواية. (٥) في جـ: بالعتق عن الإعتاق.

(٦) أخرجه أحمد (٣/ ٣٢١، ٣٩٩) والبزار (٢/ ٢٤١ - كشف) برقم (١٦٠٩)، وابن حبان (١٠/ ٣٧٢) برقم (٤٥١٤)، من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، قال الهيثمي في المجمع (٥/ ٢٤٧) «رواه أحمد والبزار، ورجالهما رجال الصحيح». ا هـ.

(٧) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٥٩، ٢٦٠) كتاب العتق: باب من ملك ذا رحم، حديث (٣٩٤٩)، والترمذي (٣/ ٦٤٦) كتاب الأحكام: باب من ملك ذا رحم محرم حديث (١٣٦٥)، والطيالسي (١/ ٢٤٥ - منحة)، حديث (١٢٠٥) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٩٧٣) =

خرجه النسائي عن ضمرة بن سفيان الثوري عن عبد الله بن[1] دينار عن ابن

= والطبراني في «الكبير» رقم (٦٨٥٢) والحاكم (٢/ ٢١٤) كتاب العتق، باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر، والبيهقي (١٠/ ٢٨٩) كتاب العتق. باب من يعتق بالملك، (٥/ ٢٦١، ٢٦٢) كلهم من طريق حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة مرفوعًا.
قال الترمذي: لا نعرفه مسندًا إلا من حديث حماد بن سلمة، وقد روى بعضهم هذا الحديث عن قتادة عن الحسن عن عمر شيئًا من هذا. ا هـ. ومن هذا الوجه أخرجه أبو داود (٣٩٥٠) من طريق سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن عمر بن الخطاب من قوله.
وقال أبو داود: سعيد أحفظ من حماد. وقال الحافظ في «التلخيص» (٤/ ٢١٢) قال الترمذي: لم يروه إلاّ حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن ورواه شعبة عن قتادة عن الحسن مرسلًا، وشعبة أحفظ من حماد. ا هـ.
والحديث أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٤٣) كتاب العتق: باب من ملك ذا رحم محرم؛ فهو حر، حديث (٢٥٢٤) والترمذي (٣/ ٦٤٦) والحاكم (٢/ ٢١٤) من طريق محمد بن بكر البرساني عن حماد عن قتادة وعاصم الأحول كلاهما عن الحسن عن سمرة به.
وقال الترمذي: لا نعلم أحدًا ذكر في هذا الحديث عاصمًا الأحول عن حماد بن سلمة غير محمد بن بكر». ا هـ.
وقد اختلف في سماع الحسن من سمرة أيضًا. لكن للحديث شاهدًا من حديث ابن عمر. أخرجه النسائي في «الكبرى» (٣/ ١٧٣) كتاب العتق: باب من ملك ذا رحم محرم؛ حديث (٤٨٩٧) وابن ماجه (٢/ ٨٤٤) كتاب العتق: باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر، حديث (٢٥٢٥) وابن الجارود في «المنتقى» (٩٧٢) والطحاوي في «شرح معاني الآثار». كتاب العتاق: باب من ملك ذا رحم منه، والحاكم (٢/ ٢١٤) كتاب العتق: باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر، والبيهقي (١٠/ ٢٩٠) كتاب العتق: باب من يعتق بالملك، كلهم من طريق ضمرة بن ربيعة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن النبي ﷺ بمثل حديث سمرة.
وقال النسائي هذا حديث منكر. وقال البيهقي: إنه وهم فاحش، والمحفوظ بهذا الإسناد حديث النهي عن بيع الولاء وعن هبته. أما الحاكم فقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي وصححه ابن حزم في «المحلى» (٩/ ٢٠٢)، وعبد الحق الإشبيلي وابن القطان، كما ذكر ذلك الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٧٩).
قال ابن التركماني في «الجوهر النقي» (١٠/ ٢٩٠): ليس انفراد ضمرة به دليلًا على أنه غير محفوظ ولا يوجب ذلك علة فيه؛ لأنه من الثقات المأمونين لم يكن بالشام رجل يشبهه. كذا قال ابن حنبل، وقال ابن سعد: كان ثقة مأمونًا لم يكن هناك أفضل منه، وقال أبو سعيد بن يونس: كان فقيه أهل فلسطين في زمانه. والحديث إذا انفرد به مثل هذا كان صحيحًا ولا يضره تفرده فلا أدري من أين وهم في هذا الحديث راويه كما زعم البيهقي، قال ابن حزم: هذا خبر صحيح تقوم به الحجة كل رواته ثقات وإذا انفرد به ضمرة؛ كان شاذًا، ودعوى أنه أخطأ فيه باطل لأنها دعوى بلا برهان. ا هـ.

(١) في ب: عن.

عمر - رضي الله عنهم - وكذلك خرجه ابن ماجه، لكن لفظه: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَهُوَ حُرٌّ»، وهذا نص يشمل من ذكرتم، وغيرهم من سائر المحارم، فلم اقتصرتم على بعضهم؟

قيل: هذا الحديث قد ضعفه أصحاب الحديث، وعلى تقدير سلامته عن الطعن - كما صار إليه بعض المتأخرين؛ متمسكًا بأن انفراد ضمرة بهذا الحديث لا يصلح أن يكون علة فيه؛ لأن ضمرة ثقة، والحديث صحيح، وقد أسنده ثقة؛ فلا يضره انفراده، ولا إرسال من أرسله، ولا توقيف من أوقفه - فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن الحديث مقصور على الوالدين والمولودين؛ لأن حقيقة «الرحم» في اللغة مختصة بالولادة، وتطلق على غير هذا مجازًا، والأحكام الشرعية تتعلق بحقائق الأسماء دون مجازها؛ كذا قاله الماوردي.

الثاني: على تقدير التسليم بأن الحديث يشمل الجميع فإنَّا نخصصه بالقياس، وهو أن كل قرابة لا ترد الشهادة له لا تعتق بالملك؛ قياسا على بنى الأعمام طردًا، وعلى الوالدين عكسًا.

واعلم أنه لا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون الولد والوالد متفقين في الدين أو مختلفين، ولا بين[1] جهة الأم وجهة الأب، ولا بين الذكور والإناث.

وهل يندرج في الأولاد المنفيُّ باللعان؟ فيه وجهان في «تعليق» القاضي الحسين.

ثم وقت نفوذ العتق عند أبي إسحاق وقت دخوله في الملك؛ كما حكيناه[2] من قبل.

وعند الإمام: أنه مرتب على الملك؛ كما حكاه ضمن فرع من الفروع المذكورة في كتاب العتق.

فإن قيل: هذا مشكل؛ لأن من القواعد المطردة أن ما منع[3] الدوام منع[4] الابتداء، والقرابة تقطع دوام الملك؛ فينبغي أن تمنع الابتداء.

---

(١) في جـ: من.
(٢) في جـ: حكاه.
(٣) زاد في جـ: من.
(٤) زاد في جـ: من.

[قلت: هذا السؤال أغلوطة][(١)]؛ لأن القرابة لا يتصور طرآنها على دوام الملك حتى تقطعه فيقال: إن ابتداءه ممنوع، بل لا يتصور حصول فيمن يعتق عليه إلاَّ والقرابة إما سابقة [عليه][(٢)] أو مقارنة له، كما إذا وطئ الابن جارية أبيه فأحبلها؛ فإن الولد ينعقد رقيقًا على ملك الأب، ثم يعتق عليه، كما حكاه الإمام في الفروع المذكورة في كتاب العتق، وإذا كان كذلك لم تكن هذه المسألة مندرجة في هذه القاعدة.

نعم، قد يقال: يوجد الملك والقرابة لا تقطعه لمانع، كما إذا ملك إنسان ابن أخيه ومات ووارثه أخوه لا غير، وهو معسر وعليه دين مستغرق، وقلنا: إن الدين لا يمنع الإرث - كما هو الصحيح - بل تتعلق به التركة تعلق رهن أو جناية؛ فإن ملك ابن الأخ ينتقل إلى أبيه، ولا يعتق عليه؛ كما لو كان الوارث لا يعتق عليه ابن الأخ فأعتقه وهو معسر - والصورة كما ذكرنا - فإنه لا يعتق [عليه][(٣)] وجهًا واحدًا كما حكاه الإمام عن الشيخ أبي علي في كتاب العتق، وحكى عن شيخه قولًا بنفوذه كما في عتق المرهون، وقال: إن ما ذكره الشيخ أبو علي أوجه؛ فإن حق الوثيقة طرأ على ملك تام للراهن ثم دام الملك له، والوارث يتلقى الملك بالخلافة وهي مشروطة بتقديم حق الميت، وحينئذ فإذا زال الدين بإبراء أو قضاء من غير التركة انقطع دوام الملك، وكذا إذا اشترى قريبه وقلنا: بثبوت خيار المجلس للبائع - كما حكيناه في موضعه - وأن القريب لا يعتق في زمن الخيار؛ بناء على أن عتق المشتري المبيع[(٤)] في زمن الخيار لا ينفذ مع قولنا: إن الملك له؛ فإن الملك يكون للقريب على قريبه، وإذا زال الخيار قطعت القرابة دوام الملك، وحينئذ تندرج [هذه][(٥)] الصورة تحت هذه القاعدة، وتحتاج إلى الجواب.

ولو قيل بأن العقد مثبت للملك، والقرابة منافية للملك؛ فلا يمكن [اجتماعهما؛ فترتب][(٦)] العتق على سبب الملك لا على حقيقة الملك، ويقدر الملك في حكم منقطع لا في حكم مندفع؛ كما قاله الغزالي فيما إذا زوج أمته

(١) سقط في ب، د. (٢) سقط في ب، د. (٣) سقط في ب، د.
(٤) في جـ: والمبيع. (٥) سقط في ب، د.
(٦) في جـ: اجتماع أقرب، وفي ب: اجتماعهما مرتب.

من عبده أن المهر لا يجب؛ فإن الرق المقارن[١] للعقد يرفع المهر بعد جريان موجبه، ولم يكن هذا تعرية[٢]، للعقد عن المهر؛ بل جرى الموجب واقترن به المانع فاندفع، والاندفاع في معنى الانقطاع، لا في معنى الامتناع - لا ندفع هذا السؤال.

قال[٣]: **وإن ملك بعضه، فإن كان يرضاه**[٤] أي: كما في البيع، والهبة، وقبول الوصية **وهو موسر - قوّم عليه الباقي، وعتق عليه.**

هذا الكلام ينظم أمرين:

أحدهما: صريح، وهو تقويم الباقي.

والثاني: مشار إليه، وهو كون ما يملكه يعتق عليه.

والأول فرع للثانى[٥]؛ فلذلك استغنى الشيخ بالتصريح بذكر الفرع لدلالته على الأصل.

ووجه عتق ما ملكه منه: أن كل سبب إذا وجد في الكل عتق به، فإذا وجد في البعض عتق به كالإعتاق.

ووجه السراية: أن الضمان يجب بالسبب، وهذا التملك[٦] سبب للعتق، ولأن[٧] اختياره لملك البعض[٨] المفضي[٩] للعتق اختيار منه لعتق الجميع؛ حيث كان العتق يسري، كما أن من جرح غيره فمات من سراية الجراحة جعل قاصدًا إلى قتل النفس؛ لأن الجرح يسرى.

ثم العتق متى يسرى: هل في الحال أو بدفع القيمة؟ فيه قولان في «الشامل»، ويظهر مجيء القول الثالث.

وهذا إذا كان التملك[١٠] في الصحة، أما إذا كان في المرض، نظر:

فإن كان سبب الملك الشراء نظر:

فإن خرج قيمة جميعه من الثلث[١١]، فالحكم كما تقدم، ولا يرث من الذي عتق عليه؛ لئلا يكون عتقه وصيّة لوارث.

---

(١) في جـ: المفارق.
(٢) في جـ: تعزبه.
(٣) زاد في ب، د: وإن قال.
(٤) في د: برضاه.
(٥) في ب، د: الثاني.
(٦) في جـ: التمليك.
(٧) في ب، د: لأن.
(٨) في د: الغير.
(٩) في جـ: المقتضي.
(١٠) في ب: الملك.
(١١) في ب، د: ثلثه.

وفي «الحاوي» حكاية وجه: أنه يرث، حكاه في كتاب التدبير، وسنذكره ثم.

وإن لم يخرج من الثلث[(١)] إلاَّ قيمة ما اشتراه لم يسر، وإن كان لا ثلث[(٢)] له يفى بقيمة ما اشتراه؛ لكونه عليه دين مستغرق[(٣)] فهل يصح الشراء، ويباع في الدين، أو لا يصح؟ فيه وجهان مذكوران في كتاب الوصية عن ابن سريج، وبناهما القاضي الحسين هنا على خلاف سنذكره [فيما إذا ملكه بإرث][(٤)] هل يحسب من رأس المال أو من الثلث؟ فإن قلنا بالأول لم يصح، وإلاَّ صح، وبيع في الدين.

وإن كان سبب الملك هبة أو قبول وصية، فلا شك أن قيمة ما يسرى [إليه][(٥)] معتبرة من الثلث، وهل تعتبر قيمة ما وهب له أو وصى[(٦)] له به من الثلث أيضًا؟ فيه خلاف أصله: ما إذا ملك قريبه بالإرث؛ فإنه يعتق عليه، وهل يحسب من الثلث أو من رأس المال؟ فيه وجهان المذهب منهما في «تعليق» البندنيجي و«التتمة» و«التهذيب» وغيرها - كما هو مذكور في كتاب الوصية-: أنه محسوب من الثلث؛ فعلى هذا: ما اتهبه أو أوصى له به من طريق الأولى.

وعلى مقابله - وهو الأصح في «الشامل»، وبه أجاب الغزالي في كتاب الوصيّة، وإن حكى الخلاف في كتاب العتق- هل يحسب الموصى به أو الموهوب من الثلث أو من رأس المال؟ فيه وجهان ينبنيان على أن المعنى الذي لأجله حسب[(٧)] ما ملكه بالإرث وعتق عليه من رأس المال ماذا؟ وفيه وجهان حكاهما القاضي الحسين:

أحدهما: أنه لم يختر تملكه[(٨)]؛ فعلى هذا يحسب ما قبله هبة أو وصيّة من الثلث.

والثاني: أنه لم يبذل عوضًا عليه؛ فعلى هذا لا يحسب ما قبله هبة أو وصية من الثلث.

فإن قلنا: يعتبر[(٩)] من رأس المال، نظرنا إلى قيمة نصيب الشريك: فإن خرجت

---

(١) في ب، د: ثلثه.
(٢) في د: الثلث.
(٣) في د: يستغرق.
(٤) في جـ: في أنه.
(٥) سقط في ب.
(٦) في د: أوصى.
(٧) في جـ: يحسب.
(٨) في جـ: يجز ملكه.
(٩) في ب: معتبر.

كلها من الثلث أو بعضها سرى العتق إليها، وإلاَّ فلا.

وإن اعتبرنا قيمة ما وهب له أو أوصى[١] له به من الثلث: فإن خرج من الثلث مع قيمة الباقي سرى العتق، وإلاَّ اقتصر على عتق ما يفى به[٢] الثلث.

واعلم: أن ما ذكرناه من اعتبار قيمة المشتري من الثلث مفروض فيما إذا كان الثمن قدر القيمة، أما إذا كان الثمن خمسمائة مثلا، والقيمة ألفًا، فإن قلنا: إن الموصى به يحسب من رأس المال، لم يحتسب من الثلث في مسألتنا إلاَّ الثمن. وإن قلنا: إن الموهوب يحسب من الثلث، فالمحسوب من الثلث القيمة؛ كذا قاله القاضي الحسين.

فرع: إذا أوصى لشخص ببعض من يعتق عليه، ومات الموصى له قبل القبول، فقبل وارثه، وقلنا بحصول الملك تبينًا أو بالموت - عتق على الميت. ثم إن كان للميت تركة تفى بقيمة نصيب الشريك أو بعضها سرى إليها العتق، وإلاَّ اقتصر العتق على ما أوصى له به، وأبدى الإمام احتمالًا في سريان العتق عند اتساع المال؛ من جهة أن العتق حصل[٣] بغير اختياره، وقد ذكرت في باب الوصية عن الإمام شيئًا يتعلق بهذا الفرع فليطلب منه.

فرع: إذا أوصى للمكاتب ببعض من يعتق عليه[٤]، أو وهبه[٥] منه، وهو [ممن لا تلزمه][٦] نفقته، ثم وَفَّي النجوم وعتق - فإن حصته[٧] [من قريبه][٨] تعتق عليه أيضًا، وهل تقوَّم عليه؟

قال القفال: لا؛ لأن ما لا يسري [عليه في الحال لا يسرى عليه][٩] من بعد.

وقال ابن الحداد: [نعم][١٠]، وهو الذي صححه الإمام ثم؛ لأن عتق الحصة يحصل بأداء النجوم وهو وقت السراية.

قال: وإن كان بغير رضاه أي: كما لو ورثه، أو كان قد باعه مورثه، فرد عليه بعد موته بالعيب، أو ملكه[١١] مكاتبه، فعجز[١٢] نفسه، كما قاله القاضي الحسين والإمام، ونحو ذلك - لم يقوم عليه؛ لأنه ضرر غير مرتضى به.

---

(١) في جـ: واصي.
(٢) زاد في جـ: من.
(٣) في جـ: يحصل.
(٤) في د: من قريبه.
(٥) في ب، د: وهب.
(٦) في د: من لا يلزم.
(٧) في جـ: حصة.
(٨) سقط في جـ، د.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في ب.
(١١) في د: ملكته.
(١٢) في جـ: ثم عجز.

فروع:

إذا [كان](١) بعض قريبه في ملك مكاتبه، فعجزه السيد - عتق منه ما دخل في ملكه من جهة المكاتب، وهل يسرى؟ فيه وجهان جاريان فيما لو باع مورثه بعض قريبه الذي يعتق عليه، ثم مات، فاطلع على عيب بالثمن؛ فردّه، وعاد بعض القريب إليه، وكذا لو أوصى لمورثه ببعض من يعتق عليه ولم يقبل، ثم مات، فقبل الوصيّة - عتق عليه ما أوصى لمورثه به، وهل يسرى؟ فيه الوجهان، اختيار ابن الحداد والقاضي أبي الطيب: السريان.

ولو غنم قريبه وهو أحد الشركاء في الغنيمة، فإن لم يكن في الغنيمة غير أبيه فقد تعين(٢) حقه فيه: فإن باشر غنيمته عتق عليه سهمه منه، ويقوم عليه باقيه، وإن باشر الغنيمة غيره عتق سهمه(٣) خاصة، قاله في «البحر».

ولو قبل العبد هبة بعض من يعتق على سيّده بغير إذن السيّد، وجوزنا له القبول - عتق منه ما دخل في ملك السيد، وهل يسرى؟ حكى(٤) القاضي الحسين في كتاب اللقيط فيه وجهين، وجزم الإمام في كتاب الكتابة بأن القريب إذا كان ممن يلزم السيد(٥) نفقته لا يصح قبوله من العبد، وإن كان ممن لا يلزمه نفقته جاز أن يقبل [هبة](٦) كله على هذا القول الذي عليه يفرع، وهل يجوز أن يقبل هبة بعضه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن ملكه يقتضي السريان، وهو لم يرض به.

والثاني: يصح، ولا يعتق عليه حصة الشريك.

قال: ومن وجد من يعتق عليه مملوكًا وهو موسر استحب له أن يتملكه ليعتق عليه؛ لقوله - عليه السلام-: «لن يجزى ولد والده...»(٧) الحديث.

وفصل(٨) الماوردي فقال: أما التملك بالشراء(٩) فالحكم فيه كذلك، وكذلك بالهبة(١٠) إذا قلنا: إنها تقتضي الثواب، وإن قلنا: لا تقتضي ثوابًا، أو أوصى له به - ففي وجوب القبول [عليه](١١) وجهان:

---

(١) سقط في ب، ج.
(٢) في ب: يعتق، وفي ج: تغير.
(٣) في ج: نصيبه.
(٤) في ج: حكم.
(٥) في ج: للسيد.
(٦) سقط في ب، د.
(٧) تقدم.
(٨) في ج: مَصَّر.
(٩) في ج: بالسرى.
(١٠) في ب: الهبة.
(١١) سقط في ب، د.

أحدهما : يجب؛ ليعتق به من هو مأخوذ بحقه، وعلى هذا لو قال لعبده: أنت حر إن شئت، يلزمه أن يشاء.

وعلى الوجه [الثاني](١): لا يلزمه أن يشاء.

قال: وإن أوصى لمولى(٢) **عليه بمن يعتق عليه، فإن كل معسرًا لزم الناظر في أمره** أي: من أب أو وصي أو قيم كما صرّح به البندنيجي **أن يقبله**؛ لأنه يعتق عليه فيحصل له به كمال عاجل وفوات(٣) آجل من غير إضرار، وهكذا الحكم في وجوب [قبول الهبة وقبضها في هذه الحالة، ولم أر للأصحاب ما يخالف ذلك إلاّ الإمام؛ فإنه حكى ترددًا في وجوب](٤) القبول مع قطعه بالجواب، وهو موافق للوجه الذي حكيناه عن رواية الماوردي في وجوب ذلك على الرشيد(٥).

فإن قيل: قد تقدم وجهان في أن من وهب له قريبه في مرض موته(٦) أو أوصى له به، هل يحسب من رأس المال أو من [ثلث ماله](٧)؟، فإذا حسب من الثلث فقد أقيم(٨) ذلك مقام التبرع، والمولى عليه ليس من أهل التبرع.

قلت: إذا لم يقبل الولى ذلك فإن على المولى عليه(٩) ما ذكرناه والمالية - أيضًا - فكان الحظ في القبول.

فإن قلت: هذا لا يقتضي جواز القبول؛ ألا ترى أنه إذا وجب على الصبي كفارة القتل، فأراد الأب أن يكفر عنه بالعتق متبرعًا من ماله لا يجوز، كما حكاه الرافعي في كتاب الصداق؛ لأنه يتضمن(١٠) دخول المعتق(١١) في ملكه، وإذا دخل في ملكه لا يعتق عليه؛ لأنه ليس من أهل التكفير بالعتق؛ فمنع الأصحاب ذلك لمخالفة ما تقرر فى(١٢) أمر المحجور عليه، وإن كان فعله للمحجور عليه أحظ؛ فإنه يفوت بالترك ملك الرقبة وحصول التكفير(١٣).

قلت: هذا معارض بما حكاه الغزالي من أن [للولى أن](١٤) يصدق من ماله عن ابنه(١٥) زيادة على مهر المثل، ولا نقول: [هذا](١٦) يدخل في ملك الطفل،

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: المولى.
(٣) في جـ: وثواب.
(٤) سقط في د.
(٥) في ب، د: الرشد.
(٦) في ب، د: أكموت.
(٧) في جـ: الثلث.
(٨) في ب: أقمتم.
(٩) في ب، د: بما.
(١٠) في جـ: يتصور.
(١١) في جـ: العتق.
(١٢) في جـ: من.
(١٣) في جـ: العتق.
(١٤) في جـ: المولى.
(١٥) في جـ: أبيه.
(١٦) سقط في ب.

ويصير متبرعًا من ماله؛ لأنه لا مصلحة للابن[١] في إفساد هذا الصداق إذ يفوت عليه الكل، فإذا كان يحصل ضمنًا فلا نبالي بالزيادة، وعلى ذلك ينطبق ما حكاه الرافعي عن القفال في كتاب الظهار، وهو[٢] إذا قال لغيره: أعتق عبدك عن ابنى الصغير، ففعل؛ فإنه يجوز؛ لأنه[٣] اكتساب ولاء من غير ضرر.

فإن قلت: لاشك في وجود المعارضة، لكن [يلزم][٤] القائل بالمنع في مسألة التكفير عن الولد بالعتق أن يطرد مذهبه هنا، بل من طريق الأولى؛ لأن[٥] الملك في الهبة والوصيّة ورد العقد عليه قصدًا، والملك في مسألة التكفير وقع ضمنًا؛ وقد بيّنا أنه يغتفر في الملك الضمنى ما لا يغتفر في الملك المقصود.

قلت: هذا بعينه هو الفرق بين[٦] مسألة التكفير وما عداها من الإصداق والإعتاق عن الابن بالسؤال وقبول هبة من يعتق عليه؛ لأن الملك الفائت في مسألة الإصداق، وقوله: أعتق عبدك عن ولدى، وقبول[٧] هبة من يعتق عليه لم يقصد تفويته، [وذلك في قبول الهبة ظاهر، وأما فيما عداه؛ فلأنه لم يقصد إثباته، وإنما حصل ضمنا؛ فتفويته بعدم القصد أولى][٨]، والملك الحاصل في مسألة الإعتاق عنه عن الكفارة قصد تفويته، وقد قلت: إنه يغتفر في الأشياء التي تحصل ضمنًا ما لا يغتفر فيما يفعل قصدًا، والله أعلم.

قال: وإن كان موسرًا، فإن كان ممن لا تلزمه نفقته، أي: لكون القريب كسوبًا يفي [كسبه بنفقته][٩]، أو صحيحًا غير كسوب وقلنا: لا يستحق النفقة - قال وجب قبوله؛ لما تقدم، ولا نظر[١٠] إلى احتمال توقع وجوب النفقة في المستقبل لزمانة تطرأ عليه؛ لأن المنفعة محققة، والضرر مشكوك فيه، والأصل عدمه.

قال: وإن كان ممن تلزمه نفقته [أى: لكونه زمنًا، أو صحيحًا غير كسوب، وقلنا بوجوب نفقته][١١] - لم يجز قبوله؛ لأنه يعتق عليه ويطالب بنفقته، وفي

---

(١) في ب، د: للطفل. (٢) في ج: وهذا. (٣) في ب، د: فكان.
(٤) سقط في ج، د. (٥) في ج: لكن. (٦) في ج: أن.
(٧) في ب د: وذلك في قبول.
(٨) بدل ما بين المعقوفين في ج: بل حصل في ضمن طلب التمليك.
(٩) في ج: نفقته بكسبه. (١٠) في د: ينظر.
(١١) سقط في د.

ذلك إضرار بالمولى عليه.

وفي الحاوي حكاية وجه أنه يجب[(١)] القبول، قال في «البحر»: وهو غريب.

قال: **وإن وصَّى[(٢)] له ببعضه وهو معسر لزمه قبوله**؛ لانتفاء ضرر التقويم والنفقة، وحصول المنفعة المشار إليها من قبل.

قال: **وإن كان موسرًا، وهو ممن تلزمه نفقته - لم يجز القبول**؛ دفعًا للضرر الثاني من لزوم النفقة، **وإن كان ممن لا[(٣)] تلزمه نفقته ففيه قولان**:

أحدهما: لا يجوز القبول؛ لأن الملك يقتضي التقويم؛ لأن قبول وليّه قائم مقام قبول البالغ، فإن لم نقل به تخلّف العتق عن مقتضاه، وإن قلنا به كان فيه إضرار بالمولى عليه؛ فلذلك امتنع.

والثاني: [يلزمه، ولكن لا يقوم عليه، لأنه يعتق عليه بغير اختياره فأشبه الموروث. قال الإمام: «ولم][(٤)] يصر»[(٥)] [أحد][(٦)] إلى صحة القبول في حال كون القريب زمنًا ويسار المولى عليه، ولا تجب النفقة؛ فإذا[(٧)] دفع النفقة لا سبيل إليه، وعتق بعض الأب قد ينفك[(٨)] عن التقويم في بعض الصور.

وفي «الجيلي» حكاية قول ثالث: أنه يقبل، ويسرى؛ لأن قبول الناظر كقبول البالغ.

وفي «البحر»: أن السفيه لو ملك بعض قريبه بهبة أو وصيّة وهو موسر فهل يعتق عليه الباقي؟ فيه وجهان.

ولنختم الباب بفروع تتعلق به:

[اعلم أنه][(٩)] كما يجوز العتق[(١٠)] محاباة وبعوض [من أجنبى][(١١)] يجوز بعوض من العبد، بأن يقول: أنت حر على ألف، أو: على أن عليك ألفًا، [أو: بألف][(١٢)]، أو: إن أعطيتنى [ألفًا فأنت حر، فإذا وجد القبول عقيب الإيجاب

---

(١) في جـ: يحتمل.
(٢) في جـ: أوصى.
(٣) في التنبيه: لم.
(٤) سقط في د.
(٥) في ب: لا يصر.
(٦) سقط في د.
(٧) في جـ: فإن.
(٨) في ب: ينقل.
(٩) سقط في ب، د.
(١٠) في جـ: للمعتق.
(١١) سقط في ب، د.
(١٢) سقط في ب، د.

حصل العتق][1]، ولزم المال العبد، وإن تراخى[2] عنه بطل الإيجاب، ولم يحصل العتق، وكذا لو قال: أنت حر غدًا على ألف، يشترط أن يقول العبد: قبلت.

لكن[3] في هذه الصورة هل[4] يستحق السيّد المسمى أو قيمة العبد؟ فيه وجهان[5] حكاهما في «الإشراف» عن القاضي[6].

قال البندنيجي: وكذلك عند التعليق بالعطية يشترط الإعطاء عقيب الإيجاب. وهذا يقتضي أن العتق يحصل بدفع المغصوب؛ إذ العبد لا يملك شيئًا، ويكون العقد فاسدًا.

وقد حكى الإمام في هذه الصورة التي ذكرناها في كتاب الكتابة عن رواية الشيخ أبي على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن حكم هذا العقد حكم الكتابة الفاسدة في التراجع ردًّا[7] ورجوعًا إلى القيمة، ثم يتبع الكسب.

والثاني: أنه لا يتبعه الكسب والولد، ولكن يغرم قيمته.

والثالث: أنه يعتق ولا يرجع عليه بالقيمة، بخلاف [المرأة إذا أتت بالمغصوب، وقلنا بوقوع الطلاق - حيث يغرم؛ لأنها من أهل الالتزام لما خوطبت، بخلاف][8] القِنِّ؛ فحملت المعاملة مع العبد على التعليق المحض.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه إذا قال لعبده: إن أديت إليّ ألفًا فأنت حر، أنه يحتمل وجهين:

أحدهما: لا يعتق [العبد][9]؛ لأنه لم يزل ملكه عن أكسابه[10] حتى يؤدي المال ويعتق، ولا يتصور أن يملك العبد ألفًا حتى يؤدي فيعتق، بخلاف الكتابة؛ فإنه إذا كاتبه فقد أزال ملكه عن أكسابه، والمكاتب أولى بمكاسبه من السيّد.

والوجه الثاني - وهو الأصح-: أنه يصح، فعلى هذا إنما سلطه على أن

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: نزلنا.
(٣) في د: ألفًا.
(٤) في د: وهل.
(٥) في ب، د: قولان.
(٦) في جـ: الزجاجي.
(٧) في د: وردًا.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في ب.
(١٠) في جـ: الكسابة.

يكتسب[(١)] حتى يملك ألفًا فيؤدي فيعتق، وأنه إنما يعتق إذا كان المال المؤدى[(٢)] إلى السيد مالًا مملوكًا، فإذا لم يكن ملكه فلا يعتق؛ لأن قوله: إذا[(٣)] أديت إليَّ ألفًا فأنت حر، معناه: إذا[(٤)] أديت إلَيَّ ألفًا أملكه [فأنت حر][(٥)]، فإذا كان مغصوبًا لم توجد الصفة؛ فلا يعتق، وأنه قال - يعني القفال - في الكرة الثانية: هل يكون إذنًا بالاكتساب؟ فيه وجهان، أحدهما: [نعم][(٦)]، يكون كالعبد إذا أذن له سيّده في النكاح، وإذا قلنا: لا يكون إذنًا، فلا يتصوّر عتقه إلاَّ في مسألة واحدة، وهي إذا وهب [له مال][(٧)] أو أوصى له بمال، وقلنا: لا يحتاج إلى إذن السيّد في القبول فيعتق، وإلاَّ فلا يعتق، وإذا عتق لا يتراجعان.

وإذا قلنا: لا يكون إذنًا في الاكتساب، فاكتسب، ودفع إلى السيّد - لا يعتق. وإن احتطب أو احتش، والفرق بينه وبين ما إذا وهب له: أن الحطب مباح لا يكون مملوكًا لأحد؛ فإذا حازه[(٨)] يقع الملك للسيّد، وأما الهبة عين مال مملوك للغير فإذا عاد على العبد بذلك المال، ودفعه العبد إلى السيّد[(٩)] فإنه يعتق.

ولو قال لعبده: أنت حر على مائة وخدمة سنة، فقبل العبد العتق، صار حُرًّا، وكان عليه ما شرطه سيّده [عليه][(١٠)]، فإن مات قبل أن يخدم رجع المولى بقيمة العبد في تركته إن كان له مال، حكاه في «البحر» في كتاب العتق، وكان يتجه أن يرجع فيها بقيمة الخدمة إن كانت مضبوطة، ويجوز أن يجعل عوض العتق الخدمة لا غير، ويعتق إذا قبل في الحال، ويعتبر في ذلك تقدير المدة، قاله الماوردي، ولو قال لعبده: أنت حر وعليك ألف، وقع العتق، ولا شيء «على[(١١)] العبد» وإن قبل؛ كما في الطلاق، ولو باع السيد عبده من نفسه بثمن في ذمته صحَّ البيع على[(١٢)] المنصوص، سواء كان حالًا أومؤجلًا، والإطلاق محمول على الحلول.

وقال الربيع: فيها قول آخر: [أنه [لا يصح][(١٣)]؛ لأن السيّد لا يملك في ذمة عبده شيئًا، وغلط فيه، لأنه][(١٤)] إنما لم[(١٥)] يملك إذا لم يتعلق بعتقه، فإذا تعلق

(١) في ب، د: يكسب.
(٢) في ب، د: الذي أؤدي.
(٣) في ب، د: إن.
(٤) في ب، د: إن.
(٥) سقط في ب، د.
(٦) سقط في ب، د.
(٧) في جـ: ماله.
(٨) في ب، د: أجازه.
(٩) في جـ: للسيد.
(١٠) سقط في جـ، د.
(١١) في ب: عليه.
(١٢) في جـ: في.
(١٣) في جـ: الأصح.
(١٤) سقط في د.
(١٥) في جـ، د: لا.

بعتقه فإنه يملك كالكتابة[(١)].

وعن ابن أبي هريرة - كما حكاه الأصحاب في كتاب الكتابة-: أنه منع من ذلك بعوض حال؛ كما لا تصح الكتابة بعوض حال.

والأصحاب [فرقوا بأنه][(٢)] إذا باعه [من][(٣)] نفسه عتق في الحال؛ فحصل مقصود العقد، بخلاف الكتابة؛ فإن العوض إذا كان حالًا تمكن[(٤)] السيّد من المطالبة في الحال، وقد[(٥)] يعجزه فيفوت[(٦)] مقصود العقد.

ثم على المذهب في صحة البيع يعتق العبد، ويكون ولاؤه لسيّده كما في المكاتب، وهو ما جزم به البندنيجي.

وعن بعض الأصحاب، وربما نسب إلى ابن سريج: أنه لا ولاء عليه للسيّد؛ فإنه عتق على ملك نفسه، ولا يجب على السيّد أن يحط عن العبد مِن الثمن شيئًا على المذهب.

و[قد][(٧)] حكى الإمام في كتاب الكتابة أن شيخه حكى عن بعض الأصحاب: أنه يجب الإيتاء في كل عقد[(٨)] عتاقةٍ فيها عوض كالكتابة[(٩)].

[و][(١٠)] لو كان عبد بين اثنين، فقال أحدهما: إن كان هذا الطائر غرابًا فنصيبي[(١١)] حر، وقال الآخر: إن لم يكن غرابًا فنصيبي حر، وطار ولم يعرف - فإن كانا موسرين وقلنا بتعجيل[(١٢)] السراية نفذ[(١٣)] عتق العبد على أحدهما، [لكن هو غير متعيّن؛ فلا عزم؛ وولاؤه موقوف][(١٤)]. وإن كان أحدهما معسرًا لم يعتق منه شيء في الظاهر، ولو كانا معسرين فكذلك؛ لأن كلا منهما يزعم أن الخائب شريكه [دونه][(١٥)]، والأصل بقاء ملكه على حصته؛ فلو[(١٦)] اشترى أحدهما نصيب صاحبه نفذ[(١٧)] عتق نصفه ظاهرًا وباطنًا، لكن أي النصفين؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه الثاني؛ لأنا قد حكمنا باستمرار ما كان في يده على الرق.

---

(١) في جـ: بالكتابة.
(٢) في جـ: قربوا باب.
(٣) سقط في ب، د.
(٤) في ب، جـ: مكن.
(٥) في ب، د: فقد.
(٦) في جـ: فوت.
(٧) سقط في ب، د.
(٨) في جـ: عيد.
(٩) في جـ: بالكتابة.
(١٠) سقط في ب، د.
(١١) في ب، د: فنصيبه.
(١٢) في ب: تتعجل.
(١٣) في ب، جـ: فقد.
(١٤) سقط في د.
(١٥) سقط في ب، د.
(١٦) في جـ: ولو.
(١٧) في جـ: فقد.

والثاني: أنه مبهمٌ.

ولو اشترى النصفين ثالث حكمنا بنفوذ عتق نصفه في ملكه، ولا يرد ما اشتراه - كما قاله القفال - عليهما ولا على أحدهما.

وحكى الشيخ أبو علي عن بعض الأصحاب: أن المشتري إذا لم يعلم ما جرى بينهما من التعليق، ثم تبيّن ذلك فله الرد عليهما جميعًا.

قال الإمام: وهذا هوس(١)، ولا ينبغي أن يعد مثله من المذهب، والله أعلم.

* * *

(١) في ج، د: هو بين.

باب التدبير

التدبير في اللغة: النظر في عواقب الأمور.

وفي الشرع: اسم لتعليق[1] عتق يقع على العبد بعد الموت[2].

مأخوذ من «الدبر»؛ لأن السيد أعتقه بعد موته، والموت دبر الحياة[3].

وقيل: لأنه لم يجعل تدبيره إلى غيره، وقيل: لأنه دبر أمر حياته باستخدامه وأمر آخرته بعتقه.

ويقال: دابر الرجل - [و][4] تدابر - مدابرة: إذا مات. ودبر عبده، يدبره تدبيرًا: إذا علّق عتقه بوفاته.

وقد كان التدبير معروفًا في الجاهلية، فأقره الشرع على كان[5] عليه، كذا حكاه الإمام والقاضي الحسين.

وقيل: إنه مبتدأ في الإسلام بنصّ ورد فيه، عمل به المسلمون فاستغنوا عن نقل النص؛ فصار بالنص شرعًا، وصار العمل على النص دليلًا، فدبر المهاجرون والأنصار عبيدًا، ودبرت عائشة - رضي الله عنها - أمة.

قال الماوردي: وقد أجمع المسلمون على جوازه، وما المغلب عليه؟ فيه قولان في الجديد:

---

(١) في ج: لمتعلق.

(٢) قوله: التدبير في الشرع: اسم لتعليق عتق يقع على العبد بعد الموت. انتهى كلامه.
وهذا الضابط يدخل فيه ما إذا قال: أنت حر بعد موتي بيوم، أو قال: إذا مت ومضى يوم أو شهر، فأنت حر ونحو ذلك مما علق على شرط بعد الموت، مع أنه ليس بتدبير، لا مطلق ولا مقيد، بل تعليق عتق.
قالوا: ومتى علق العتق على صفة بعد الموت، خرج عن كونه تدبيرًا، كذا جزم به المصنف في موضعين من الكلام على التدبير المقيد، وهو بعد هذا تعليل، ونقله الرافعي عن الأكثرين، وحكى معه وجهين آخرين.
أحدهما: أنه تدبير مقيد.
والثاني: مطلق. [أ و].

(٣) في ج: للحياة. (٤) سقط في ج. (٥) في ج: هو.

أحدهما: حكم تعليق العتق بالصفات؛ لأن حكم الألفاظ يؤخذ من صيغها[١]، والصيغة صيغة تعليق؛ فشابه ما لو علق عتقه بموت غيره، وهذا هو الأشبه في «تعليق» البندنيجي، واختاره أكثر المتأخرين من أصحاب الشافعي - رضي الله عنه - كما قاله الماوردي، وإليه يرشد نصه في أكثر كتبه الجديدة: أنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول.

والثاني: تغليب حكم الوصيّة؛ لأنه جعله لنفسه بعد الموت، وهو محسوب من الثلث؛ فكان وصيّة كما لو جعله لغيره بعد الموت، وهذا ما اختاره المزني والقاضي أبو الطيّب وغيره، وعليه نص في القديم. وللقولين فوائد تظهر من بعد.

وقد حَدّ بعض الشارحين التدبير: بأنه اسم لتعليق عتق العبد بالموت. وهو غير مانع؛ لأنه يدخل [فيه][٢] ما إذا قال لعبده: إذا مت فأنت حر قبل[٣] موتى بشهر مثلًا، وكان موته فجأة[٤]؛ فإن هذا تعليق عتق بالموت، وليس بتدبير؛ لأنه يعتق من رأس المال.

قال: **التدبير قربة**؛ لأن القصد به العتق والعتق قربة، وهذه العلة تفهم أن تعليق العتق قربة، وقد حكينا من قبل أنه ليس بقربة.

قال: **يعتبر من الثلث**؛ لأنه تبرع يتنجز[٥] بالموت فأشبه الوصية، وقد روى عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: المدبر من الثلث[٦]. فعلى هذا: إن خرج المدبر من الثلث فذاك، و[قد][٧] حصل عتقه بمجرد الموت، وإن لم يخرج كله من الثلث عتق منه بقدر ما يخرج إن لم يجز الورثة، ويتبع ذلك[٨] من كسبه قبل الإجازة والرد بقدره، ويكون باقي الكسب للورثة؛ لأنه حصل على ملكهم، ولا يحتاج في هذا إلى معرفة الخبر، بخلاف ما لو نجز عتق عبده في مرض موته، وخرج البعض[٩] من

---

(١) في جـ: صيغتها. (٢) سقط في ب. (٣) في جـ: بعد.
(٤) في د: محله. (٥) في جـ: منجز.
(٦) روي هذا مرفوعًا وموقوفًا فأخرجه ابن ماجه (٢٥١٤)، والدارقطني (٤/ ١٣٨)، والعقيلي (٣/ ٢٣٤)، والبيهقي في السنن (١٠/ ٣١٤) مرفوعًا.
وقال ابن ماجه: ليس له أصل، وقال أبو زرعة في علل الحديث (٢٨٠٣): هذا حديث باطل.
أما الموقوف، فأخرجه البيهقي في السنن (٢/ ٨٤٠)، والدارمي (٢/ ٥١٢).
(٧) سقط في ب، جـ. (٨) في د: لملك. (٩) في ب: بعضه، وفي د: بعضهم.

الثلث، واكتسب[(١)] العبد مالًا قبل موت معتقه ولم يجز الورثة؛ فإنه يحتاج إلى معرفة قدر ما عتق منه إلى معرفة الجبر والمقابلة: فإذا كانت قيمة العبد مائة، ولا مال له غيره، ثم اكتسب مائة: ففي هذه الصورة يعتق من العبد نصفه ويتبعه نصف كسبه، وطريق معرفة ذلك أن يقال: عتق من العبد شيء بحكم الوصيّة، ولحقه من كسبه بقدر ما عتق منه وهو[(٢)] شيء؛ لأن قدر الكسب قدر القيمة، ويكون للورثة منه شيئان في مقابلة ما عتق منه؛ لأن لهما ثلثي المال، وحينئذٍ يجتمع أربعة أشياء، فاقسم قيمه العبد وكسبه عليها، فينوب كل شيء خمسون، فيعتق منه ما قيمته خمسون وهو نصفه، ويتبعه نصف الكسب؛ فيبقى[(٣)] في يد الورثة مائة، وهي مثلا ما عتق من العبد.

مثال آخر: إذا كان ما اكتسبه العبد ثلاثمائة، فنقول: عتق منه شيء، وتبعه[(٤)] من كسبه ثلاثة أشياء؛ لأن الكسب قدر القيمة[(٥)] ثلاث مرات، وبقى في يد الورثة شيئان وهما مثلا ما عتق من العبد، وحينئذٍ يجتمع ستة أشياء، فتقسم[(٦)] القيمة والكسب عليها، ينوب كل شيء ستة وستون وثلثان، وذلك ثلثا قيمة العبد، فيعتق منه الثلثان، ويتبعه من كسبه ثلثاه، ويبقى في يد الورثة مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، وهي مثلا ما عتق من العبد.

مثال آخر: إذا كان ما اكتسبه العبد خمسين،: فنقول: عتق منه شيء وتبعه من كسبه نصف شيء؛ لأن الكسب قدر نصف قيمته، ويبقى في يد الورثة شيئان، وذلك ثلاثة أشياء ونصف، ابسطها بنسبة ما انكسر[(٧)] تبلغ سبعة، والكسب والقيمة مائة وخمسون، وإذا قسمتها على سبعة، ناب كل «سهم أحد»[(٨)] وعشرون وثلاثة أسباع؛ فيعتق من العبد ما قيمته اثنان وأربعون وستة أسباع وهو ثلاثة أسباعه، ويتبعه من كسبه أحد وعشرون وثلاثة أسباع، والباقي للورثة وهو مثلا ما عتق من العبد، وعلى هذا فقس.

فرع: إذا كاَن المدبر يخرج من الثلث[(٩)] لو لم يكن على المدبر دين، لكنه [كان][(١٠)] عليه دين يستغرق تركته - فلا نحكم بعتق المدبر، لكن لو حصل إبراء

---

(١) في جـ: وكسب. (٢) في جـ: وهي. (٣) في جـ: يبقى.
(٤) في جـ: ويتبعه. (٥) في ب، د: قيمته. (٦) في جـ: فالقسم.
(٧) في د: انكسرت. (٨) في جـ: واحد منهم واحد. (٩) في د: الثلث المال، ب: ثلث المال.
(١٠) سقط في جـ.

من الدين عتق، وهل نتبين وقوع العتق من حين الموت أو من حين الإبراء؟ أبدى الإمام فيه ترددًا وقال: إن الظاهر الثاني.

فرع: إذا كانت قيمة المدبر مائة، ولسيده مائتان [لا غير][١] في بلد آخر أو في ذمة معسر - فلا يختلف المذهب في أن المدبر لا نحكم[٢] بعتقه [كله][٣] في الحال، وهل نحكم[٤] بعتق ثلثه؟ فيه وجهان؛ اختار القاضي أبو حامد منهما حصول العتق، وهو الذي ذهب[٥] إليه الأكثرون كما قال الماوردي.

وقال الإمام: الذي نص عليه الشافعي مقابله، وهو المذهب عند البندنيجي، والأصح في «التهذيب».

وقال الماوردي: إن الشيخ أبا حامد اختاره.

فعلى هذا: إن حضر من الغائب أو الدين نصفه عتق من المدبر[٦] نصفه، وإن حضر كله عتق جميع المدبر، وإن تلف كله عتق ثلث المدبر، وعلى الأول قال القفال: للورثة التصرف في الثلثين، فإن تلف المال استقر تصرفهم، وإن حضر المال الغائب نقض تصرفهم، فلو كان تصرفهم[٧] عتقًا قال ابن سريج: ولاء الثلثين للوارث؛ لأن عتقه كان نافذًا. وفيه وجه آخر عن الصيدلاني: أن كل الولاء للموروث[٨].

قال الإمام: وهذا في نهاية الإشكال، بل ما أرى له وجهًا في الصحة؛ فإن التدبير لا [سبيل إلى][٩] رده بسبب غيبة المال؛ فلا وجه إلاَّ التوقف إلى عود المال.

قال القفال: وعلى هذا لو أوصى لرجل بعين[١٠] وما سواها من المال غائب، فهل يسلم ثلث العين [للموصى له][١١] أو لا يسلم له شيء حتى يحضر من المال قدره مرتين؟ فيه الوجهان، ومحلهما: إذا لم يقدر الوارث على التصرف في الحال في حال غيبته، فأما إذا كان قادرًا عليه فالمعتبر مُضِّي زمان القدرة.

فرع: قال القاضي الحسين: إذا كان لإنسان عبد لا مال له غيره، وأراد ألا يكون لأحد عليه سبيل بعد موته [بيوم][١٢] ويحصل له العتق - فطريقه أن يقول:

---

(١) سقط في ب، جـ.
(٢) في جـ، د: يحكم.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ، د: يحكم.
(٥) في ب، د: صار.
(٦) في د: الدين.
(٧) في جـ: التصرف.
(٨) في ب، د: المورث.
(٩) في جـ: شك أن.
(١٠) في ب: بعتق.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) سقط في ب، جـ.

هذا حُرٌّ قبل مرض موتي بيوم إن مرضت ومت فيه[(١)]، وإن لم أمرض ومت فجأة أو سقطت من شاهق فهو حر قبله بيوم؛ فإن هذا يصح، ولا يكون لأحد عليه سبيل، ويعتق كله من رأس المال، وعلى هذا ينطبق ما قاله الماوردي فيما إذا قال لأخيه: أنت حر في آخر أجزاء صحتى المتصل بأول أسباب موتي، ثم مات - أنه يعتق من رأس المال، ويرثه؛ لتقدم عتقه في الصحة. وحكى فيما لو قال: أنت حر في آخر أجزاء حياتي المتصل بموتي، ثم مات - أنه يعتق من الثلث، وهل يرثه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنها وصيّة لوارث.

والثاني: نعم؛ لأن الوصية ما ملكت عن الموصى، وهو لم يملك نفسه عنه.

وذكر القاضي الحسين فيما لو قال: أنت حر قبل مرض موتى بيوم، فمات فجأة - أنه يعتق من الثلث.

قلت: وفي عتقه نظر؛ لأن الشرط لم يوجد، ونظيره مسألة الطلاق التي ستأتى.

قال: **ويصح ممن**[(٢)] **يجوز تصرفه [في المال]**[(٣)]؛ لأنه تصرف في المال.

قال: **وفى الصبي [المميز]**[(٤)] **والمبذر قولان** تقدم توجيههما في باب الوصيّة.

ومن العراقيين من جزم في المبذر بالصحة كما حكيناه طريقة في الوصيّة، وعلى ذلك جرى البندنيجي والمصنف في «المهذب».

قال المحاملي: والأول أشبه بكلام الشافعي - رضي الله عنه - وكذلك قاله في «البحر» بعد أن نسب ذلك إلى قول بعض الخراسانيين.

والظاهر من القولين[(٥)] في الصبي - كما قال[(٦)] القاضي أبو حامد-: الصحة، وهو اختيار الشيخ أبي حامد؛ لأنه منع من التصرف لحظه، والحظ هاهنا في جوازه؛ لأنه إن عاش لا يلزمه ذلك، وإن مات بقى له الأجر والثواب.

وقال القاضي الحسين: إن أصحابنا استرذلوا هذا القول؛ فإنه لو باع ما يساوى درهمًا بألف لم يصح وإن كان نفعه يعود إليه.

فروع:

السكران هل يصح تدبيره؟ قال بعض أصحابنا: فيه قولان كما في طلاقه، وقيل:

---

(١) في ب، د: منه. (٢) في التنبيه: من كل من. (٣) سقط في التنبيه.
(٤) سقط في جـ. (٥) زاد في ب: أن. (٦) في جـ: قاله.

إذا لم يكن عاصيًا لم[1] يصح تدبيره ولا وصيته، وإن كان عاصيًا بالشرب، خرج على الخلاف في وقوع طلاقه.

المرتد هل يصح منه أن يدبر عبده؟ فيه ثلاثة أقوال منصوصة في «المختصر»، ثالثها: أنه موقوف، قال في «البحر»: ومحلها إذا لم يحجر عليه الحاكم، أما إذا حجر عليه فهو باطلٌ قولًا واحدًا، وحكى عن أبي إسحاق أن تصرفه بعد الحجر باطل إلاَّ الوصية؛ فإنها تصح من المحجور عليه، والتدبير في أحد القولين كالوصيّة.

المفلس يصح تدبيره قولًا واحدًا[2].

قال: **والتدبير** - أي: الصريح[3] - **أن يقول: أنت حر بعد موتى»، أو: إن مت من مرضى هذا، أو: في هذا البلد فأنت حر**، والأول يسمى: تدبيرًا مطلقًا، والثاني والثالث: تدبيرًا مقيدًا، حتى إذا لم يمت من ذلك المرض أو في ذلك البلد لم يعتق.

وفي «البحر» أنه قال في «البويطي»: لو قال: «أنت حر إن مت من مرضى هذا، أو: في سفرى هذا» فهذه وصيته وليست بتدبير[4]؛ فإن مات من مرضه أو في سفره كان حُرًّا من الثلث.

والكناية في التدبير أن يقول: «إذا مت فأنت حر»، أو: «لا ملك لي عليك»، وكنايات العتق كنايات فيه[5].

قال: **فإن قال: دبرتك، أو: أنت مدبر - ففيه قولان** أي: بالنقل والتخريج؛

---

(١) في ب: لا.

(٢) قوله: والمفلس يصح تدبيره قولًا واحدًا. انتهى كلامه.
وما ادعاه من عدم الخلاف غريب، فإن الحجر على المفلس، هل يلتحق بحجر السفه في أحكامه، أو بحجر المرض؟ فيه قولان شهيران حكاهما المصنف في مواضع، ثم إنه قد خرج الوصية على هذا الخلاف، والتدبير وصية على قول، وقد أتى به الرافعي هنا على الصواب، فإنه حكى في باب التفليس هنا خلافًا في صحة إعتاقه، ثم قال هنا: إن تدبيره كإعتاقه. [أ و].

(٣) في جـ: الصحيح.

(٤) في د: تدبيرًا.

(٥) قوله: والكناية والتدبير أن يقول: إذا مت فأنت حر، أو: لا ملك لي عليك، وكنايات العتق كنايات في التدبير. انتهى كلامه.
وما ذكره من كون اللفظ الأول كناية - غلط، بل هو صريح بلا خلاف، وممن جزم به الرافعي في الشرحين، والنووي في الروضة. [أ و].

لأنه نص فيما إذا قال: «دبرتك»، أنه صريح فيه، ونص فيما إذا قال لعبده: «كاتبتك على كذا»، لم يصح حتى يقول: «فإذا أديت إليّ كذا فأنت حر» [وينوى][(١)] ذلك.

فمن الأصحاب من قال: لا فصل بينهما، وجعل المسألتين على قولين.

أحدهما: أن لفظ «دبرتك» و«كاتبتك» صريحان؛ لأنهما لفظان موضوعان لهذين العقدين، فلا يفتقران إلى أمر آخر؛ كلفظ البيع في البيع.

والثاني: يفتقران إلى النية؛ لأنهما لفظان لم يكثر استعمالهما؛ فيفتقران[(٢)] إلى النية كسائر الكنايات.

والأكثرون من الأصحاب[(٣)] - كما قال الماوردي، ومنهم ابن أبي هريرة- أقروا النصين، وأجروهما على ظاهرهما، وفرقوا بوجهين[(٤)]:

أحدهما: أن التدبير لفظ ظاهر مشهور يعرفه عوام الناس؛ فاستغنى عن النية، والكتابة لا يعرفها إلاَّ الخواص؛ فافتقرت إلى النية.

والثاني: أن التدبير لا يحتمل العتق بعد الموت، والكتابة لفظ مشترك؛ لأنه يحتمل أن يريد به المخارجة فيقول: كاتبتك كل شهر بكذا، ويحتمل أن يريد به كتابة المراسلة، ويحتمل أن يريد به الكتابة الشرعية التي تتضمن العتق؛ فلا ينصرف إلى إحداهن إلاّ بنيّة.

والفرقان ضعيفان.

ومنهم من قال: التدبير صريح، وفي الكتابة قولان.

وحكى الماوردي وابن الصباغ في كتاب الكتابة أن بعض أصحابنا قال: إن كان اللافظ من فقهاء الأمصار[(٥)] [فلا يفتقر][(٦)] إلى النية [فيهما][(٧)]، وإن لم يكن فقيهًا احتاج إليها[(٨)] فيهما؛ فتحصلنا على[(٩)] أربع طرق في المسألتين،

والصحيح الأول، والذى حكاه المراوزة - كما قال[(١٠)] الإمام - الثاني: وهو تقرير النصين. [قال][(١١)]: ويجوز أن يعلق التدبير على صفة بأن يقول: «إن

---

(١) في ب: أو ينوي، في ن: أو سوى.
(٢) في ب، د: فافتقرا.
(٣) في ب، د: أصحابنا.
(٤) في جـ: الوجهين.
(٥) في جـ: الأمة.
(٦) في جـ: إن لم يفتقر، وفي د: لا يفتقران.
(٧) سقط في ب، د.
(٨) في جـ: إلى النية.
(٩) في جـ: إلى.
(١٠) في جـ: حكاه.
(١١) سقط في جـ.

دخلت الدار فأنت حر بعد موتي؛ لأنه دائر[(١)] بين أن يكون وصيّة وهى[(٢)] جائزة التعليق، أو عتقًا بصفة وهو - أيضًا - يقبله، فإنه يجوز أن يقول لعبده: إذا دخلت الدار فإن كلمت زيدًا فأنت حر، فإن دخل الدار في حياة السيد انعقد[(٣)] التدبير، وإن دخلها بعد موته لم ينعقد؛ لأن إطلاق الصفة يقتضي وجودها في حال الحياة كما ذكرناه[(٤)] في العتق.

ولو قال: إذا مت فأنت حر بعد موتى [بيوم][(٥)]، لا يحتاج إلى إنشاء العتق؛ كالمدبر سواء.

فروع:

لو قال: إن شئت فأنت حر متى مت، فالمشيئة فيه كالمشيئة في الطلاق، وستقف على ما قيل فيها.

فلو قال: شئت، ثم قال: لست أشاء - انعقد التدبير بالأولى، ولم يبطل بما قاله ثانيًا.

ولو قال ابتداء: لست[(٦)] أشاء، ثم قال: شئت - بطل التدبير، ولم تؤثر المشيئة الثانية.

لو قال: متى شئت فأنت حر بعد موتى، فلا يشترط أن تكون المشيئة في المجلس[(٧)]، ويحتاج إلى وجودها في حال الحياة، فلو قال: لا أشاء، ثم قال: شئت - ثبت التدبير [بهذه المشيئة][(٨)] المتأخرة، ولم يبطل بقوله المتقدم[(٩)].

لو قال: إذا مت فأنت حر إن شئت، فهذا يحتمل إرادة المشيئة بعد الموت، ويحتمل إرادتها في الحال كما لو قال: دبرتك إن شئت، أو: أنت مدبر إن شئت، فيرجع[(١٠)] إليه، فإذا بيّن شيئًا عمل بموجبه، وهل يتعيّن القبول على الفور إذا[(١١)] قال: أردت حصول المشيئة بعد الموت، أو يجوز على التراخى؟ فيه وجهان في «تعليق» القاضي الحسين، والمذكور في «النهاية»: الثاني.

---

(١) في جـ: كائن.
(٢) في جـ: في.
(٣) في جـ: نقد.
(٤) في جـ: ذكرنا.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: السبت.
(٧) في جـ: المكان.
(٨) في جـ: بالمشيئة.
(٩) زاد في جـ: و.
(١٠) في ب، د: فرجع.
(١١) في ب: أو.

وإن قال: أطلقت اللفظ، ولم أرد[١] شيئًا - قال الإمام: فحاصل ما قيل[٢] فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يحكم بالعتق حتى توجد المشيئة في الحياة وبعد الموت.

ومنهم من حمله على مشيئته بعد الموت، وقال: إنه الذي صححه العراقيون. وعلى هذا لا يشترط أن تكون المشيئة عقيب الموت، ويجيء فيه ما حكاه القاضي.

ومنهم من قال: نحمله[٣] على مشيئته في الحال، قال الإمام: وهو متجه لا بُعْدَ فيه. وبهذا جزم القاضي الحسين.

إذا قال: إذا مت فشئت فأنت حر، فهذا ليس بتدبير، وإنما هو تعليق[٤] عتق بصفة، وهل يشترط فيه المشيئة عقيب الموت؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ كما لو قال: أنت حر بعد موتي إن شئت، وزعم [أنه أراد][٥] إيقاع المشيئة بعد الموت.

والثاني: أنه لا بد من اتصال المشيئة بالموت، هكذا حكاه الإمام، وبه جزم القاضي الحسين.

وقال في «الزوائد»: إن أبا حامد لم يقل بغيره[٦]، وظاهره [أن المشيئة على الأول][٧] متى وجدت بعد الموت حصل العتق، وكلام البندنيجي وكذا ابن الصباغ مصرِّح بأنه إذا أخر المشيئة بعد الموت ومفارقة مجلس بلوغ الخبر [فيه -][٨] أنه لا أثر للمشيئة. وإن وقعت المشيئة بعد الموت متراخية عنه، لكنها في المجلس - ففي الاعتداد بها الوجهان المذكوران فيما إذا قال: [أنت حر بعد موتي، وهما مذكوران في الطلاق، وأجرى ما ذكره في هذه الحالة فيما][٩] إذا قال: إذا مت فأنت حر إذا شئت، أو: إن شئت.

وإذا جمعت بين ما حكاه [هو و][١٠] البندنيجي وبين ما أفهمه كلام الإمام

---

(١) في ب: أر.
(٢) في ب، د: ذكر.
(٣) في ب، د: يحمل.
(٤) في جـ: يعتق.
(٥) في جـ: إيراد.
(٦) في جـ: به.
(٧) في جـ: أن الأول على المشيئة.
(٨) سقط في ب، جـ.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) سقط في جـ.

جاء في المسألة ثلاثة أوجه، قال الإمام: والذى أرى أن الوجهين يجريان فيما لو قال: إن دخلت الدار وكلمت زيدًا فأنت طالق، حتى إذا دخلت الدار وانفصل التكليم(١) عنه انفصالا معتدًّا به وقع على وجه.

إذا قال: إذا مت فأنت حر متى شئت، لا يشترط في المشيئة(٢) أن تقع في المجلس، بل أي وقت شاء(٣) عتق، وتكون نفقته في كسبه إلى أن يشاء، فإن فضل عنها شيء فالفاضل هل يوقف حتى إذا شاء [و](٤) عتق يكون له أو يسلم للورثة.

قال القاضي أبو الطيب: فيه قولان؛ كما إذا أوصى بعبد ومات، واكتسب مالا، وقبل الوصية: فلمن يكون الكسب؟ وفيه قولان كما ذكرنا.

قال ابن الصباغ: والفرق بينهما ظاهر، وينبغي أن يكون الكسب هاهنا للورثة وجهًا(٥) واحدًا؛ لأن العبد قبل مشيئته مملوك قولًا واحدًا؛ فلا يثبت له كسبه، والعبد الموصى به إذا قبله تبينا أنه ملكه بموت الموصى في أحد القولين؛ فلهذا جعل له كسبه في أحد القولين.

قلت: ما ذكره ابن الصباغ ظاهر إن كان القاضي قد فرّع القولين في مسألة الوصيّة على القولين في أن الموصى له يملك بالقبول، أو به يتبين أنه ملك بالموت، لكن قد ذكرنا فيما إذا فرعنا على أنه يملك بالقبول: فالكسب الماضي لمن يكون؟ وفيه خلاف كما في نظير المسألة في الزوائد» الحاصلة(٦) في زمن الخيار إذا أجيز العقد، وقلنا: الملك للبائع، فيجوز أن يكون القاضي أشار إليه، وإذا كان كذلك فهو نظير مسألة العتق بلا فرق.

قال: **ويجوز في بعض العبد كالعتق، فإن دبر البعض**، أي: وكان ملكه بجملته - **لم يسر إلى الباقي**؛ لأنه ليس بإتلاف ولا بسبب يوجب الإتلاف؛ بدليل جواز بيعه؛ فلم يقتض(٧) السراية، قال في «المهذب» وغيره: ومن أصحابنا من حكى قولًا آخر: أنه يسرى.

فعلى الأول إذا مات عتق ما دبره بلفظه، وهل يسري إلى الباقي؟ فيه وجهان

---

(١) في جـ: التكلم.
(٢) في ب: المسألة.
(٣) زاد في ب، د: ما.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: قولًا.
(٦) في جـ: الجليلة.
(٧) في د: يقض.

ينبنيان على ما إذا أعتق بعض عبده في حال الحياة؛ فإنه يعتق كله لكن بطريق التعبير بالبعض عن الكل، أو بالسراية؟ فإن قلنا بالأول عتق الجميع هنا، وإلاَّ فلا، وهو الذي حكاه الماوردي عن النص، وقد ذكرت هذا الفرع في الباب قبله.

فرع: لو قال: دبرت يدك أو رجلك، وجعلناه صريحًا، أو نوى به التدبير - فهل يصح؟ فيه قولان.

قال القاضي الحسين: ينبنيان على ما لو قال لامرأته: زنت يدك أو رجلك، هل يكون قاذفًا؟ فإن جعلناه قاذفًا صح التدبير، وإلاَّ فلا، والفرق بينه وبين العتق: أن [للعتق غلبة وسراية][(١)] والتدبير [لا سراية له][(٢)].

قال: وإن دبر شركا له في عبد لم يقوّم عليه على ظاهر المذهب؛ لما ذكرناه؛ لأنه لا يمنع جواز البيع فلا يسرى[(٣)]؛ كتعليق العتق بصفة.

قال ابن الصباغ: وهذا لا يجيء على المذهب سواه.

فعلى هذا إذا مات السيّد وعتقت الحصة لم يقوم عليه؛ لأنه معسر.

وقيل: يقوم عليه [أي][(٤)] إذا كان موسرًا وهو قول ثان[(٥)] في المسألة؛ لأنه أثبت له سببًا يستحق[(٦)] به العتق بموته فسرى؛ كالاستيلاد. فعلى هذا: إذا قوّم عليه صار الجميع مدبرًا وعتق بموت سيّده، وقد نسب هذا القول إلى اختيار الشيخ أبي حامد.

وقال: ابن أبي هريرة، إذا قلنا به، وقوم [عليه][(٧)] فلا يصير نصيب شريكه مدبرًا حتى يتلفظ بتدبيره، فإن لم يتلفظ ومات [فهل يسري][(٨)] العتق من حصته إلى الحصة المقومة عليه؟ فيه وجهان، والمشهور الأول.

قال: وإن كان عبد بين اثنين، فدبراه، ثم أعتق أحدهما نصيبه - لم يقوم

---

(١) في د: العتق غلبة لا سراية.

(٢) في د: لاسم أنه له، وزاد في جـ: وفي «التهذيب»: أنا إن تدبير بعض العبد لا يسري كان الجميع مدبرًا، وعبارة التهذيب ولو قال لعبده: دَبَّرْتُ يَدَك، أو: إذا متُّ، فيدك حرٌّ - قال القاضي حسين - رحمه الله-: يحتمل وجهين؛ بناء على ما لو قال لرجل: زنى يدك، هل يكون قذفًا؟ فيه قولان: أحدهما: هو لغو. والثاني: يصير كله مدبرًا.

(٣) في جـ: يشتري.

(٤) سقط في جـ.

(٥) في ب، د: يأتي.

(٦) في ب: فيستحق.

(٧) سقط في د.

(٨) في ب، د: هل يسري.

عليه نصيب شريكه في أصح القولين؛ لما فيه من إبطال الولاء على الشريك الذي انعقد سببه بالتدبير؛ كما لا يملك الشريك عتق حصته من العبد الذي أعتق شريكه حصته منه قبله وهو موسر، وقلنا: لا يسرى إلاّ بدفع القيمة.

قال في «البحر»: فعلى هذا إذا رجع المدبر في التدبير ولو بعد زمان سرى العتق قولًا واحدًا؛ لزوال المانع. وهذا ما حكاه الإمام عن رواية الشيخ أبي محمد بعد أن قال: قال الأصحاب: لا يسرى؛ فإنه قد امتنع السريان حالة العتق فلا يسرى بعده؛ كما لو أعتق وهو معسر ثم أيسر.

فإن قلنا بما حكاه في «البحر» فهل يتبين السريان من حين العتق، أو نقول: يسرى عند الرجوع في التدبير؟ حكى الإمام عن شيخه فيه وجهين.

قال: [**ويقوم في الآخر**؛ لأن المدبر يجوز بيعه، فإذا أعتق أحد الشريكين حصته سرى إلى الأخرى كالقن][1]، وهذا ما نص عليه في «البويطي»، وهو الصحيح في «البحر».

قال ابن الصباغ: وما ذكره الأول، يبطل بالعبد[2] المعلق عتقه [على صفة][3].

قلت: ويمكن أن يحترز عن هذا النقض؛ بأن يضيف لما ذكرناه: مع كون العقد قربة، والخلاف جارٍ فيما إذا دبر أحدهما نصيبه، وقلنا بعدم السراية، فأعتق الآخر حصته وهو موسر.

قال: **ويجوز الرجوع في التدبير بالتصرف بالبيع وغيره**، أي: من الأمور الناقلة للملك، كالإصداق، وجعله عوضًا في خلع، أو عفو عن قصاص، أو أجرة في إجارة، أو رأس المال في السَّلم، أو هبة، أو تصدق به وأقبضه، أو وقفه، ونحو[4] ذلك.

ووجهه في البيع: ما روى أبو داود عن عطاء - وهو ابن أبي رباح - عن جابر بن عبد الله أن رجلًا أعتق غلامًا عن دبر منه، ولم يكن له مال غيره، فأمر به النبي ﷺ فبيع[5] بسبعمائة أو بتسعمائة[6]. وأخرجه البخاري [ومسلم][7]

---

(١) بدل ما بين المعقوفين في د: الآخر.
(٢) في جـ: في العبد.
(٣) في ب، د: بصفة.
(٤) في جـ، د: يجوز.
(٥) في ب: فأبيع.
(٦) أخرجه أبو داود في السنن (٤/ ٢٦٤) كتاب: العتق، باب: بيع المدبر، حديث (٣٩٥٥).
(٧) سقط في ب.

والنسائي وابن ماجه بنحوه مختصرًا ومطولًا[(١)].

وفي رواية لأبى داود: قال - يعني النبي ﷺ-: «أَنْتَ أَحَقُّ بِثَمَنِهِ، وَاللَّهُ أَغْنَى مِنْهُ»[(٢)]. وقد روى أبو داود عن أبي الزبير: [أن رجلًا من الأنصار، يقال له أبو مذكور، أعتق غلامًا له يقال له يعقوب، عن دبر، لم يكن له مال][(٣)] غيره، [فدعا به][(٤)] النبي ﷺ فقال: «مَنْ يَشْتَرِيهِ؟»، فاشتراه نعيم بن [عبد الله النَّحَّام][(٥)]، بثمانمائة درهم، فدفعها إليه، [ثم][(٦)] قال: «إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ فَقِيرًا فَلْيَبْدَأْ بِنَفْسِهِ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا فَضْلٌ فَعَلَى عِيَالِهِ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا فَضْلٌ، فَعَلَى ذِي قَرَابَتِهِ - أَوْ قَالَ: عَلَى ذِي رَحِمِهِ - فَإِنْ كَانَ فِيهَا فَضْلٌ، فَهَاهُنَا وَهَاهُنَا»[(٧)] وأخرجه مسلم والنسائي[(٨)]، فثبت في البيع بالنص، وقيس باقى ما ذكرناه عليه؛ لأنه في معناه.

قال في «التهذيب»: ولا فرق في البيع بين أن يكون بشرط خيار أو دونه، في أنه رجوع على قولنا: إن التدبير وصية أو عتق بصفة. نعم، لو فسخ العقد هل يعود التدبير؟ سنذكر عن الإمام فيه ترددًا.

قال: **وهل يجوز بالقول؟**، أي: كقوله: فسخت التدبير، أو نقضته، أو أبطلته، أو رجعت فيه؟ **فيه قولان** [أي][(٩)]: في الجديد:

أصحهما: **أنه لا يجوز**، قال البندنيجي وغيره: هما مبنيان على قولين، في أن التدبير عتق بصفة أو وصية؟ فالأول مبني على[(١٠)] الأول، والثاني على[(١١)] الثاني.

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ١٦٥) كتاب: العتق، باب: بيع المدبر، حديث (٢٥٣٤)، ومسلم (٣/ ١٢٨٩) كتاب: الأيمان، باب: جواز بيع المدبر، حديث (٥٨/ ٩٩٧)، والنسائي (٥/ ٦٩، ٧٠) كتاب: الزكاة، باب أي الصدقة أفضل، والترمذي (٣/ ٥٢٣) كتاب: البيوع، باب: بيع المدبر، حديث (١٢١٩)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٠) كتاب: العتق، باب: المدبر، حديث (٢٥١٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٤٢١) كتاب العتق، باب: بيع المدبر، برقم (٣٩٥٦).

(٣) سقط في ب.

(٤) في جـ، د: فدعاه.

(٥) في ب، جـ، د: عبد الله بن النحام. والصواب المثبت.

(٦) سقط في ب.

(٧) أخرجه أبو داود (٢/ ٤٢١) كتاب العتق، باب: بيع المدبر، برقم (٣٩٥٧).

(٨) أخرجه مسلم (٢/ ٦٩٢) كتاب الزكاة، باب: الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة، برقم (٤١/ ٩٩٧)، والنسائي (٧/ ٣٠٤) كتاب البيوع، باب: بيع المدبر.

(٩) سقط في ب. (١٠) زاد في جـ، د: القولين. (١١) في ب: عن.

وعن القديم: أنه يجوز الرجوع بالقول، وخص بعض الأصحاب هذا الخلاف بالتدبير المطلق، وقال في التدبير المقيد: لا يجوز الرجوع فيه بالقول قولًا واحدًا؛ لأنه لم يعلق بمطلق الموت، فكان بالتعليق أشبه.

والأول أصح، كذا قاله في «التهذيب».

وفي «الجيلي»: أن بعضهم قال: محلهما في المقيد، أما المطلق، فلا يصح الرجوع فيه بالقول، قولًا واحدًا.

فرعان:

إذا صححنا تدبير الصبي، وأراد الرجوع فيه، فإن قلنا: يجوز الرجوع فيه بالقول، كان له ذلك، وأبدى القاضي الحسين احتمال وجهٍ في منعه؛ لأن جواز التدبير كان لأجل حظه، ولا حظ له في الرجوع.

وإن لم نجوز [الرجوع بالقول فلا يجوز منه الرجوع، ويقوم وليّهُ فيه مقامه، إذا رأى في][1] بيعه حظًّا[2]، كما قاله الشافعي - رضي الله عنه - فيبيعه، ويبطل إذ ذاك التدبير، ولو أراد الولى بيعه لا لأجل الحظ[3]، بل لأجل إبطال التدبير - لم يجز؛ لأنه لا حجر فيه عليه؛ كما لا يجوز أن يرجع فيه بالقول، إذا جوزناه، قولًا واحدًا.

نعم، لو أذن [له][4] الصبي في البيع، كان بيع الولى عن إذنه رجوعًا بكل حال، ذكره الماوردي.

لو دبر عبدًا، ثم خرس: فإن كان له إشارة معقولة كان له الرجوع بالإشارة [بالبيع ونحوه أو بها، وإن لم تكن له إشارة معقولة ولا كناية[5] مفهومة، لم يصح رجوعه][6]، ولا يجوز أن يولى عليه[7]، فيبقى العبد مدبرًا حتى تحصل له إشارة مفهمة فرجع فيه؛ لأنه مكلف رشيد، فلا يولى عليه.

قال: **وإن وهبه ولم يقبضه بطل التدبير، وقيل: لا يبطل.** هذا الخلاف بناه

---

(١) سقط في د.
(٢) في ج، د: خطأ.
(٣) في ج: الخطأ.
(٤) سقط في ب، ج.
(٥) في ج: كتابة.
(٦) سقط في د.
(٧) في ج: عنه.

بعض الأصحاب على القولين - أيضًا - [فقال][(١)]: إن قلنا: [إن][(٢)] التدبير وصيّة، فالرجوع يجوز فيها بالهبة وإن لم يقبض، وإن قلنا: تعليق عتق بصفة، فالرجوع إنما يكون بنقل الملك ولم يوجد.

وحكى الإمام عن رواية الشيخ أبي علي: أنا إن جعلنا التدبير وصية، كانت الهبة من غير قبض رجوعًا، وإن قلنا: إنه عتق بصفة، فهل يكون[(٣)] رجوعًا أم لا؟ فيه وجهان. [ثم قال][(٤)]: ولست أعرف لهذا وجهًا.

وقال في «البحر»: إن بعض الأصحاب[(٥)]، جزم بكون ذلك رجوعًا على القولين معًا؛ لأن الهبة قبل القبض، إن لم تُزل الملك في الحال، فهي تفضي إلى زوال الملك. وإن هذا اختيار القاضي أبي حامد؛ حيث قال في «الجامع»: ولا يصح الرجوع عن التدبير إلاَّ بإخراجه من ملكه، في أظهر قوليه في الجديد، وينتقض التدبير على هذا القول بكل عقد يؤدي [إلى][(٦)] خروجه من[(٧)] ملكه، وإن لم يتم، فإذا وهبه هبة يثاب، قبضه الموهوب أو لم يقبضه، رجع في الهبة أو لم يرجع، أوصى به لرجلٍ أو تصدق به عليه، أو قال: إن أدى بعد موتى كذا فهو حر، فهذا كله رجوع في التدبير.

قال: وهذا [ما][(٨)] نقله بعينه من كتاب التدبير من[(٩)] «الأم»؛ فبطل بذلك[(١٠)]، القول [ببناء الخلاف على القولين][(١١)].

فروع:

إذا وهبه، ثم أقبضه، وقلنا: مجرد الهبة لا يقطع التدبير - فانقطاع التدبير يكون حالة الإقباض، إن جعلنا الملك فيها يحصل [إذ ذاك][(١٢)]، وإن قلنا[(١٣)]: يثبت[(١٤)] الملك بالهبة، فهل نتبيّن انقطاع التدبير؟

قال الإمام: [هذا][(١٥)] فيه تردد، وأثره يظهر فيما إذا زال الملك [فيه][(١٦)] على

---

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في جـ. (٣) في جـ: يعد.
(٤) في جـ: قال الإمام. (٥) في جـ: أصحابنا. (٦) سقط في ب، د.
(٧) في ب، د: عن. (٨) سقط في ب، جـ. (٩) في جـ: عن.
(١٠) في ب، د: به.
(١١) في ب: يبنى ذلك على القولين، وفي د: هنا ذلك على القولين.
(١٢) في جـ: كذلك. (١٣) في جـ، د: قلنا بالقبض. (١٤) في ب: يتبين.
(١٥) سقط في جـ. (١٦) سقط في ب، د.

الجواز ثم عاد، فهل يحكم بانقطاع التدبير؟ فيه تردد بين: يجوز أن يقال: ينقطع؛ لزوال الملك؛ كما لو زال الملك لازمًا، ويجوز أن يقال: لا ينقطع؛ كالطلاق الرجعي إذا تداركته الرجعة. وهذا منه يشعر بأنا إذا حكمنا بأن القبض في الهبة مبين للملك من حين العقد، يكون الملك فيه جائزًا؛ إذ لو لم يكن كذلك[1]، لما حسن التخريج الذي ذكره، والله أعلم.

العرض على البيع هل يكون كالتصريح بالرجوع؟ فيه وجهان، وقيل: [إن][2] ذلك ينبني على أن التدبير وصيّة فيكون رجوعًا، أو عتق بصفة، فلا يكون رجوعًا.

إذا قال: رجعت في تدبير رأسك[3]، ففي قيامه مقام التصريح بالرجوع في كله[4] وجهان، أحدهما: نعم؛ لأنه يعبر عن الجملة بالرأس؛ يقال: له رأس [من][5] الرقيق.

إذا قلنا: لا يحصل الرجوع إلاَّ بزوال الملك، فرهنه، فهل يصح ويكون رجوعًا أم لا؟ [قد][6] تقدم الكلام فيه في الرهن.

قال: **وإن دبر جارية، ثم أحبلها، بطل التدبير**؛ لأن العتق بالسببين يقع في زمن واحد، ولم يظهر للعتق بأحدهما فائدة لا تحصل في العتق بالآخر، والاستيلاد أقوى؛ لكونه لا سبيل إلى إلغائه بعد ثبوته، فَقُدِّم، وإن لم يكن بين التدبير والاستيلاد منافاة؛ كي لا يعلل الحكم الواحد بعلتين.

وبقولنا: «إن العتق بهما[7] يحصل في زمن واحد...» إلى آخره، يخرج ما إذا كانت أمته، ثم استولدها؛ فإن الكتابة لا تبطل، كما سنذكره. وفي «تعليق» القاضي الحسين: الجزم في هذا الكتاب بأن الاستيلاد لا يبطل التدبير، حتى لو قال السيد: مدَبَّرِيَّ أحرار، تعتق هي.

تنبيه: قول الشيخ: إن التدبير يبطل بالإحبال، فيه إشارة إلى أن الوطء لو وجد دون الإحبال لا يكون رجوعًا فيه، وهو ما صرّح به القاضي الحسين، سواء عزل أو لم يعزل؛ لأنه إذا لم يعزل فقد قصد تأكيد الحرية بالاستيلاد، وهذا بناء على ما ذكره[8] من أن الاستيلاد لا يبطل التدبير، ووافقه الإمام على ذلك.

---

(١) في ب: ذلك.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: رقبتك.
(٤) في ب، د: كله فيه.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في ب.
(٧) في د: بها.
(٨) في جـ: ذكرناه.

قال: وإن كاتب عبدًا، ثم دبره، صح التدبير، كما يصح أن يعلق عتقه بعد تدبيره على صفة، فإن أدى المال عتق أي: بالكتابة وبطل التدبير، وإن لم يؤد حتى مات السيد عتق أي: بالتدبير وبطلت الكتابة، فإن لم يحتمل الثلث جميعه، عتق الثلث، أي: عتق منه بقدر الثلث «بسبب التدبير، وبقي ما زاد على الكتابة[١]؛ لأن كلا منهما سبب للعتق، فيعلق العتق بالسابق، ويسقط[٢] عنه من النجوم بقدر ما عتق منه: إن كان النصف، فنصف النجوم، [وإن كان][٣] النصف والربع، فالنصف والربع، وهكذا.

واعلم: أن قول الشيخ: وإن لم يؤد حتى مات السيد عتق وبطلت الكتابة، اتبع فيه الشيخ أبا حامد؛ فإن هذه عبارته، وهي تفهم [أن][٤] أكساب العبد وولده يعود رقًّا للسيد؛ لأن هذا شأن الكتابة إذا بطلت، ويقوي هذا الإفهام ما ذكره الشيخ في باب الكتابة: أن السيد إذا أحبل المكاتبة صارت أم ولد، فإذا مات عتقت بالاستيلاد، وعاد الكسب إلى السيد.

وقد قال ابن الصباغ في مسألتنا: إنه ينبغي أن يعتق المدبر ويتبعه ولده وكسبه؛ كما إذا أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء؛ لأن السيد لا يملك إبطال الكتابة بالعتق المباشر فلا يملكه بالتدبير. ثم قال: ويحتمل أن يريد - يعني الشيخ أبا حامد - بالبطلان زوال العقد، دون سقوط أحكامه، وعلى ذلك جرى في البحر، وينطبق [على][٥] ما أبداه ابن الصباغ احتمالًا لنفسه ما أورده هو والبندنيجي [والإمام هنا][٦] في مسألة إحبال المكاتبة بأن السيد إذا مات عتقت بموته عن الكتابة وتبعها كسبها؛ لأن العتق إذا وقع في الكتابة لا يبطل حكمها كما لو باشرها به، وإذا كان الاستيلاد القوى لا يبطل أحكام الكتابة إذا حصل العتق بسببه فالتدبير الذي هو ضعيف بذلك أولى.

قال: وإن دبر عبدًا ثم كاتبه بطل التدبير في أحد القولين، ولم يبطل في الآخر، ويكون مدبرًا مكاتبًا. أي: فيكون حكمه ما ذكرناه من قبل، ومأخذ القولين: البناء على أن التدبير وصية أم عتق بصفة؟

---

(١) في جـ: الثلث.
(٢) في ب، د: سقط.
(٣) في جـ: أو.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في ب.

فإن قلنا: إنه وصية، بطل؛ كما تبطل الوصية بالكتابة على الصحيح، وبه جزم بعضهم كما ذكرناه.

وإن قلنا: إنه عتق بصفة، فالكتابة لا تزيل الملك عن الرقبة؛ فلا يكون رجوعًا؛ كالعتق المعلق بصفة، وهذه طريقة الشيخ أبي حامد.

وحكى الإمام القولين عن رواية صاحب «التقريب» فيما إذا قلنا: إن التدبير وصية، فهل تكون الكتابة رجوعًا أم لا؟ وكان على قياس ما حكاه القاضي أبو حامد في «الجامع» أن تكون رجوعًا قولًا واحدًا، وإن قلنا: إنه [تعليق بصفة][1]؛ لأنها عقد يفضي إلى زوال الملك، كالهبة قبل القبض.

وقد حكي عنه أنه قال: يسأل عن قصده بالكتابة، فإن أراد بها رجوعًا في التدبير كان راجعًا في أحد قوليه دون الآخر، وإن قال: أردت إثباته على التدبير، فهو مدبر مُكاتب في[2] القولين معًا، وكان الفرق بين ما ذكره في الهبة ونحوها وبين الكتابة: أن الهبة إذا تمت بالقبض فات التدبير؛ فلذلك جعلت مبطلة له، وإن لم تتصل بالقبض؛ نظرًا إلى آخر الأمر، والكتابة في ابتدائها لا تزيل الملك، وإذا تمت بأداء النجوم حصَّلت مقصود التدبير وهو العتق؛ فلم تكن منافية له حالًا ومآلًا، بل مناسبة له، والرجوع إنما يكون بالمنافي لا بالمناسب والمماثل، وبهذا رد القاضي الماوردي على الشيخ أبي حامد تخريج المسألة على قولين، وإن جري مجرى الوصية.

فرع: إذا علق عتق عبده بصفة مطلقة، ثم دبَّره - صح التدبير. فإن وجدت الصفة قبل الموت، عتق وبطل التبدير، وإن لم توجد حتى مات السيد، عتق بالتدبير. ولو دبره ثم علق عتقه على صفة، قال في «التهذيب»: صح، وكان التدبير باقيًا بحاله، وأبدى الإمام في كونه رجوعًا ترددًا، مأخوذًا من الخلاف الذي رواه عن صاحب «التقريب» من قبل.

فرع: إذا دبر حمل الجارية دونها صح.

فإذا قلنا: لا يصح الرجوع في التدبير بالقول، فالحمل لا يمكن بيعه على الانفراد، فطريقه: أن يبيع الأم بقصد الرجوع، فلو باعها من غير قصد الرجوع

---

(١) في جـ: وصية.
(٢) في جـ: على.

فهل يصح البيع ويكون رجوعًا في التدبير، أو يبطل البيع؟ فيه قولان، الذي حكاه [المسعودي: الثاني، وهو ظاهر النص، كما حكاه][(١)] البندنيجي و[قال: إن][(٢)] الشيخ أبا حامد اختار مقابله، وحمل ما قاله الشافعي - رضي الله عنه - على ما إذا استثنى حملها في البيع.

فرع: لو دبر عبده ثم ارتد، فهل يبطل التدبير؟

قال بعضهم: بطلانه مخرج على الأقوال في تصرف المرتد.

وقال بعضهم[(٣)]: بل يبطل مطلقًا؛ لأن المدبر إنما يعتق إذا حصل للورثة مِثْلاه وهاهنا لا يحصل للورثة شيء؛ فلم يعتق.

وقال أبو إسحاق: لا يبطل قولًا واحدًا على الأقوال[(٤)] كلها؛ كما نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - هنا.

قال ابن الصباغ: وهو الأصح.

وفي «الحاوي»: أنا إن حكمنا ببقاء ملكه فالتدبير بحاله، فإن مات أو قتل مرتدًّا عتق بموته إن كان يخرج من الثلث[(٥)]، وإن لم يكن له مال سواه ففيما يعتق منه وجهان:

أحدهما: ثلثه، ويرق ثلثاه، وهو قول البصريين.

والثاني - وهو قول البغداديين-: يعتق جميعه. قال الماوردي: وهو الأظهر عندي، وإن لم يصل إلى المسلمين مثلاه؛ لأن باقي[(٦)] المرتد ينتقل إليهم فيئًا لا إرثًا، والثلث معتبر في الميراث دون الفيء.

وإن قلنا بزوال[(٧)] ملكه ففي[(٨)] تدبيره وجهان:

فإن قلنا: يبطل، فإن قتل في الردة لم يعتق منه شيء، وإن عاد إلى الإسلام عاد المدبر إلى[(٩)] ملكه.

وهل يعود إلى التدبير؟ إن قلنا: إنه وصية، لم يعد، وإن قلنا: تعليق عتق بصفة، خرج على الخلاف في عود الحنث.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في ب: هو أن.
(٣) في ب، د: غيره.
(٤) في ب: الأحوال.
(٥) في ب، د: ثلثه.
(٦) في ب، جـ: مال.
(٧) في جـ: يزول.
(٨) زاد في ب، د: بطلان.
(٩) في جـ، د: على.

وإن قلنا: لا يبطل، فإن مات أو قتل على ردته عتق بجملته إن خرج من الثلث، وإلا فالحكم كما تقدم.

قال: **وإن أتت المدبرة بولد من نكاح أو زنى لم يتبعها [الولد][1] في أصح القولين**؛ لأن عتقها معلق بصفة ثبتت بقول المعتق وحده؛ فلا يتبع فيه الولد؛ كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر[2]. وهذا ما صححه [المزني][3] أيضًا، وقال البندنيجي: إنه أضعف القولين.

قال: **ويتبعها في الآخر**، أي: في التدبير؛ حتى إذا ماتت وبقي الولد عتق بموت السيد؛ لأنها أمة تعتق بموت سيدها؛ فوجب أن يتبعها ولدها في صفتها، كولد أم الولد.

ولا فرق في جريان القولين عند بعضهم بين أن نقول: إن التدبير وصية أو عتق بصفة، وهذا الطريق يدل[4] عليه نص الشافعي - رضي الله عنه - وبعضهم بنى القولين على أن التدبير وصية أو عتق بصفة؟ فالأول مبني على أنه وصية، والثاني مبني على أنه عتق بصفة.

وبعضهم قال: إن قلنا: إنه وصية، لم يتبعها، وإن قلنا: إنه عتق بصفة، فهو محل القولين.

ثم محل جريان الخلاف فيما إذا حصل العُلوق بالولد بعد التدبير، أما إذا كان الحمل موجودًا حالة التدبير؛ بأن وضعته لدون ستة أشهر من وقت التدبير - فالولد يكون مدبرًا قولًا واحدًا؛ لأنه كالجزء منها، صرح به ابن الصباغ وغيره، وفي «تعليق» القاضي الحسين و«التهذيب»: أن ذلك بناء على قولنا: إن الحمل يعرف، أما إذا قلنا: لا يعرف، فيكون على القولين في الحمل الحادث بعد التدبير.

فروع:

قال العراقيون وصاحب «التهذيب»: لو قال: أنت حرة بعد موتي بعشر سنين، فأتت بولد في حياة السيد - فهو على الخلاف السابق، وإن أتت به بعد موته وقبل انقضاء العشر سنين ففيه طريقان:

---

(١) سقط في التنبيه.
(٢) في جـ: حرة.
(٣) سقط في د.
(٤) في ب: نزل.

أحدهما: القطع بأنه مدبر.

والثاني: أنه على القولين.

إذا دبَّر عبده، ثم وهب له جارية فوطئها، وأتت منه بولد، فإن قلنا: العبد لا يملك، فالولد قِنٌّ للمولى، ولا حد على العبد؛ للشبهة، وإن قلنا: يملك، فالولد ملك للعبد[(١)]؛ لأنه من أمته، ولا يعتق عليه؛ لأن ملكه غير تام، كالمكاتب، لكن هل يتبعه الولد في التدبير؟ فيه وجهان عن ابن سريج:

أحدهما: لا؛ لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية دون أبيه.

والثاني: يتبعه؛ لأن الأم إذا كانت مملوكة للواطئ كان الولد تابعًا لأبيه دون أمه؛ كالحر إذا وطئ أمته واستولدها؛ فإن الولد يتبعه في الحرية دون أمه.

[ثم][(٢)] إذا قلنا: إن الولد يتبع أمه في التدبير، فقالت بعد موت سيدها: ولدته بعد التدبير وقد عتق معي، وقال الورثة: بل قبل التدبير - فالقول قولهم؛ لأن الأصل بقاء ملكهم، ويد المدبرة لا تحتوي على ولدها حتى يكون القول قولها، بخلاف ما لو وجد في يدها مال بعد موت السيد، فقال الوارث: إنه من كسبها قبل موت السيد، وقالت: بل بعده - فإن القول قولها؛ لأن اليد تثبت على المال[(٣)]، ولا فرق بين أن يكون الاختلاف وقد مضى زمن يمكن فيه اكتساب ذلك عادة، أو زمن يسير، كما قاله البندنيجي.

وكذلك القول قولها فيما لو أقام الوارث بينة على أن ذلك المال كان في يدها قبل موت سيدها، وادعت أنه كان في يدها لغيرها، وأنها ملكته بعد موته من جهة مالكه[(٤)]، كما صرح به البندنيجي عن نص الشافعي - رضي الله عنه -.

وفي «الحاوي» حكاية قولين في هذه الصورة.

ثم إذا جعلنا القول قول الورثة[(٥)] في الولد فلابد من اليمين، فلو نكلوا عنها، قال في «الحلية»: حلفت الأم وعتق ولدها معها إذا خرجا من الثلث، وإن نكلت فهل يحكم برق الولد أو يوقف أمره حتى يبلغ فيحلف؟ فيه وجهان.

إذا ادعت المدبرة أنها ولدت بعد موت سيدها - وقلنا: الولد لا يتبع أمه في التدبير -

(١) في ب: للعبد ملكًا.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) في د: الملك.
(٤) في د: ملكه.
(٥) في ب: الوارث.

وقال الورثة: بل قبل موته - قال الإمام: فالقول قول الورثة أيضًا؛ جريا على الأصل الذي ذكرناه.

وفي «حلية» الشاشي: أن القول قولها، فإن نكلت عن اليمين فهل ترد اليمين على الوارث أم يوقف [الأمر][١] على ما ذكرناه؟ فيه وجهان.

وفي «الحاوي»: أنها إن اعترفت بأنها علقت به في حياة السيد؛ لكونها أتت به لدون ستة أشهر من حين وفاته - فالقول قول الورثة. وإن ادعت أنها علقت به بعد موت السيد فالقول قولها مع اليمين، فإن حلفت حكم بحرية الولد، وإن نكلت فهل ترد اليمين على الوارث، أو يوقف الأمر إلى بلوغ الولد ليحلف؟ فيه وجهان.

وهذا الذي قاله حسن، ويتعين حمل كلام الإمام على الحالة الأولى، وحمل[٢] كلام الشاشي على الثانية.

إذا لم يف الثلث بعتق المدبرة وولدها، قال ابن الحداد: يقرع بينهما، كما لو دبر عبدين، وحكى الإمام عن بعض الأصحاب: أن العتق يقسم بينهما؛ فإنا إذا أقرعنا فقد تخرج القرعة على الولد فترق الأم، ومنها يُعدَّى التدبير إليه، وهذا ليس بشيء.

إذا ادعى على سيده أنه دبره، فالنص أن الدعوى مسموعة، قال الإمام: وهذا مشكل؛ لأن المدبر لا يستحق في الحال شيئًا، وعماد الدعوى: أن يستحق المدعى [على المدعى][٣] عليه حقًّا يملك[٤] المطالبة به في الحال، وليس يملك المدبر على مولاه شيئًا في الحال، وقد نص على أن الدعوى بالدين المؤجل لا تسمع، والتدبير كالدين المؤجل؛ فاتفق الأصحاب على إجراء خلاف في المسألتين، فإن سمعنا الدعوى بالتدبير، فأقر به السيد - ثبت، وإن أنكر، فإن قلنا: إنه عتق بصفة، لم تسقط عنه المطالبة[٥] باليمين، وإن قلنا: إنه وصية، فهل يكون الإنكار رجوعًا؟ فيه وجهان، المذهب منهما في «تعليق» البندنيجي و«المهذب» والمنصوص عليه للشافعي - كما قاله الماوردي -: أنه ليس برجوع؛ فيقال له: إن شئت فارجع، وأسقط اليمين عن نفسك، وحكى الإمام عن الأصحاب: أنا إذا جعلنا الإنكار رجوعًا فلا تسمع الدعوى، وقال: [إن][٦] فيه نظرًا.

---

(١) سقط في ب، د.
(٢) في ب: حكم.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: يستحق.
(٥) في ب، د: الطلبة.
(٦) سقط في ب.

قال: وإن دبر الكافر عبده الكافر صح؛ كما يصح عتقه، وسواء في ذلك الذمي والمعاهد والحربي.

فإن أسلم العبد، فإن رجع في التدبير بيع عليه[(١)] بالقول وجوزناه، بيع عليه؛ لأنه قد رجع فيئًا، والكافر مأمور بإزالة ملكه عن العبد المسلم.

قال: وإن لم يرجع لم يقر في يده؛ لما في ذلك من الإذلال [له][(٢)].

قال: فإن خارجه جاز، وإن لم يخارجه سلم إلى عدل؛ لأن ذلك ينفي الذل عنه، وأنفق[(٣)] عليه، أي: من كسبه إن كان له كسب، وإلا فمن ماله؛ لبقاء ملكه عليه.

قال: إلى أن يرجع عن التدبير فيباع، أو يموت فيعتق، أي: إن خرج من الثلث، و[(٤)] إن خرج بعضه بيع الباقي، ولا يكلف المدبر بيعه قبل الرجوع في التدبير؛ لأن في ذلك إبطالًا لحق العبد من العتق، وهذا هو الأصح.

وقيل: يكلف البيع؛ لأن المدبر باق على ملكه؛ فكان كغيره، وهذا ما اختاره المزني، كما[(٥)] حكاه المصنف.

[و][(٦)] قال الإمام في باب كتابة النصراني: إنه الأصح في القياس، والخلاف جار - كما قاله الماوردي - فيما إذا علق عتق عبده بصفة ثم أسلم.

وجزم في «الشامل» في هذه الصورة بالإجبار على البيع.

ولو أوصى بعتقه بعد الموت، ثم أسلم ففي «البحر» طريقان:

أحدهما: حكاية قولين، كما في المدبر.

والثاني: يباع قولًا واحدًا.

قال القاضي الحسين: ولا خلاف أنه لو أسلم عبد[(٧)] الكافر فدبره، أو اشترى عبدًا مسلمًا فدبره - أنه يباع عليه.

وحكى مجلِّي أن في الاكتفاء بالتدبير وجهين، وأنه لو علق عتقه بصفة فطريقان:

أحدهما: طرد القولين المذكورين في التدبير [فيه][(٨)].

---

(١) في جـ: بيع فيئًا.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) في التنبيه: وينفق.
(٤) في د: أو.
(٥) في د: كذا.
(٦) سقط في ب.
(٧) في ب: عبده.
(٨) سقط في جـ، د.

والثاني: القطع بعدم الاكتفاء به.

وهذا الفرع إن لم يوجد في «الذخائر» في باب التدبير، فليطلب في كتاب البيع، وهو في أواخر كتاب الجزية من «النهاية» هكذا، ونسبه إلى رواية صاحب «التقريب».

تنبيه: المخارجة: أن يشارطه على خراج معلوم يؤديه إلى السيد كل يوم، ويكون باقي الكسب للعبد، ويستقل بالتكسب، ولهما الفسخ كل وقت، ولا يختص جوازها بهذه الحالة، بل تجوز لكل سيد مع رقيقه إذا تراضيا عليها.

وهل تجوز بدون رضا العبد؟ حكى الأصحاب في كتاب الكتابة فيها قولين، ووجه الإجبار مخصوص بما إذا كان [العبد][1] مُطِيقًا للكسب، وكان[2] ذا صنعة، وبعضهم جزم بهذا القول، ذكره القاضي الطبري.

فرع: لو كان عبد بين اثنين، فقالا [له][3]: متى متنا فأنت حر - لم تعتق حصة واحد منهما إلا بموتهما، سواء اتفقا على القول في حال واحد أو تقدم قول أحدهما على الآخر، فإن اتفق موتهما في حالة واحدة عتق عليهما، وفي حكم عتقه عليهما وجهان:

أحدهما: عتق بحكم التدبير.

والثاني: عتق عليهما وصيةً لا تدبيرًا؛ لأن التدبير ما نفذ عتقه بموته، ولم يقرن بغيره.

وإن مات أحدهما قبل الآخر [لم][4] تعتق منه حصته بالوصية، وكان عتقها موقوفًا على موت شريكه، وتعين العتق في حصة [الباقي منهما][5] بالتدبير؛ لوقوع العتق بموته، وليس [لورثته المتقدم][6] التصرف في حصته بالبيع، وإن كانت باقية على ملكهم وأكسابها لهم، ولو أراد الشريك الباقي [بيع][7] حصته قبل موته، جاز، وتعتق بموته حصة الشريك المتقدم[8]. والله أعلم.

---

(١) سقط في ب.
(٢) في د: فكان.
(٣) سقط في جـ، د.
(٤) سقط في ب.
(٥) في جـ، د: الثاني.
(٦) في د: لورثته المتقدم في.
(٧) سقط في ب.
(٨) في ب: المتقدم خاصة.

باب الكتابة

«الكتابة» لفظة وضعت لعتق معلّق على مال منجَّم إلى وقتين معلومين فأكثر، يحل كل نجم لوقته المعلوم.

وقيل: إنها تعليق عتق بصفة ضمنت معاوضة، أو معاوضة ضمنت تعليق عتق بصفة.

وقال القاضي الحسين: هي تعليق عتق بصفةٍ ضمنت معاوضة معدولة عن القياس؛ لأنها بيع ماله بماله. وعلى ذلك جرى في «التهذيب».

وقيل: إنها معاقدة لعقد السَّيد مع عبده؛ ليحصل له الكسب عاجلًا، ويحصل له(١) العتق [آجلًا](٢).

وسميت كتابة؛ للعرف الجاري بكتابة ذلك في كتاب يقع فيه الإشهاد لما اشتملت عليه من تأجيل.

ويقال: كاتب يكاتب، مكاتبة وكتابًا، والمكاتب - مفتوح التاء-: العبد، [ومكسور التاء](٣): السَّيد.

وقيل: اشتقاقها من «الكَتْب»، وهو الضم، يقال: كتبت البغلة، إذا جمعت بين شُفْرَيها بحلقة أو سَيْرٍ، فلما اجتمع نجم مع نجم فيها سميت بذلك.

والنجم: الوقت، سواء القريب فيه والبعيد، والنجوم: الأوقات التي يحل [فيها](٤) مال الكتابة. وسميت بذلك؛ لأن العرب كانت لا تعرف الحساب والكتابة، وإنما تعرف الأوقات بالنجوم، وهي ثمانية وعشرون نجمًا، كلما طلع منها طالع سقط قرينه، وهي التي جعلت منازل القمر، قال الله تعالى-: ﴿وَٱلْقَمَرَ قَدَّرْنَٰهُ مَنَازِلَ﴾ [يس: ٣٩]، فكانوا يقولون: أعطيك إذا طلع نجم كذا، أو: سقط نجم كذا، أو في نجم كذا؛ فسميت باسمها مجازًا، وقد يطلق النجم على المال الذي يحل في الوقت.

---

(١) في د، س: الثواب.
(٢) سقط في د.
(٣) في د، س: بكسرها.
(٤) سقط في د، س.

قال: **الكتابة قربة**؛ لقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣].

قال الشافعي - رضي الله عنه -: «المراد بالخير: الاكتساب والأمانة؛ [فإنه][١] ورد «الخير» في الكتاب العزيز بمعنى «المال» في قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾ [العاديات: ٨]، وفي قوله تعالى: ﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ﴾[البقرة: ١٨٠] وغيرهما. وورد بمعنى «العمل الصالح» في قوله تعالى: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ ٧﴾ [الزلزلة: ٧]؛ فحمل عليهما هاهنا لجواز إرادتهما بالقصد، وتوقف المقصود عليهما؛ فإنه إذا لم يكن كسوبًا لا يقدر على الأداء، وإذا لم يكن أمينًا لا يوثق بوفائه.

وقوله ﷺ: «مَنْ أَعَانَ غَازِيًا أَوْ غَارِمًا أَوْ مُكَاتَبًا في كِتَابَتِهِ، أَظَلَّهُ اللهُ في ظِلِّهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ»[٢]، وغير ذلك من الأخبار.

ولا تجب الكتابة، وإن كان ظاهر الأمر الوجوب؛ لأنه عتق بعوض فلا يجب على السيد؛ كالاستسعاء، والآية محمولة على بيان الرخصة؛ فإن بيع الرجل ماله بماله محظورٌ، [أو على][٣] الندب؛ بدليل ما ذكرناه.

وقد حكى الإمام عن رواية صاحب «التقريب» قولًا عن الشافعي بوجوبها، واستغربه، وقال: لم أره لغيره، ولست أعده[٤] من المذهب[٥].

قال: **تعتبر في الصحة من رأس المال، ومن الثلث في المرض**؛ لأن ما يكسبه العبد لسيده فكأنه أخرج ماله متبرعًا، فأعطى حكم التبرعات، ثم المعتبر من الثلث قيمة الرقبة، كما ذكرناه في الوصية.

قال: **ولا يجوز إلاّ من جائز التصرف في ماله كالهبة.**

قال: **ولا يجوز أن يكاتب إلا عبدًا بالغًا عاقلًا:**

أمَّا اعتبار العقل فبالإجماع.

---

(١) سقط في س.

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٤٨٧)، والبيهقي في السنن (١٠/ ٣٢٠)، وعبد بن حميد (٤٧١) من حديث سهل بن حنيف، والحاكم (٢/ ٢١٧) بألفاظ متقاربة، ولفظ الحاكم: «من أعان مجاهدًا في سبيل الله، أو غازيًا أو غارمًا في عسرته، أو مكاتبًا في رقبته - أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله» وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

(٣) في د، س: وعلى.

(٤) في ب: أعتبره.

(٥) في د: المهذَّب.

وأما اعتبار البلوغ؛ فلأن الصبي غير مكلف؛ فلا يصح منه عقد الكتابة كالمجنون، وقد استدل بعضهم لذلك بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ ...﴾ الآية [النور: ٣٣] والابتغاء: الطلب، وهو إنما يعتبر من المكلف؛ فاختص بها ما دل عليه الشرع؛ لكونها على خلاف القياس. و«الأيمان» في الآية جمع «يمين»، وأضاف الله تعالى الملك إلى اليمين؛ لأنه سبب الملك غالبًا.

ثم إذا كاتب الصبي أو المجنون لم يثبت لهذا العقد حكم الكتابة الفاسدة أيضًا؛ لأن قبولهما[١] لغو. نعم، إذا أدَّيا المال عتقا بحكم وجود الصفة دون العقد، ولا يرجع [السَّيِّد عليهما بشيء، بخلاف الكتابة الفاسدة مع المكلف؛ لأنه قد تلف المعقود][٢] عليه في يده بحكم المعاوضة؛ فاقتضى ذلك ضمانه، والسيد هنا هو الذي سلط الصبي والمجنون على الإتلاف؛ فلم يرجع عليهما؛ كما لو باع منهما شيئًا فأتلفاه، وهذه رواية المزني.

وروى الربيع أنه يثبت التراجع عند كتابة المجنون، ويتبعه ما فضل من كسبه، ووافقه عليه ابن سريج.

وأبو إسحاق صحح رواية المزني، وبعض الأصحاب أثبت اختلاف الروايتين على قولين.

ومنهم من حمل رواية الربيع على ما إذا وقع عقد الكتابة في حال غفلة[٣] بمرض[٤]، ورواية المزني على ما إذا وقع في حال الجنون، ولا شك أنَّ الخلاف يجري فيما إذا كاتب الصغير أيضًا؛ لأن المجنون أسوأ حالًا منه.

العبد الموصى بمنفعته لا يجوز كتابته على الأصح، وهل يجوز كتابة العبد المستأجر؟

قال ابن القطان: «تجوز»؛ كما حكاه الرافعي عنه في كتاب «الإجارة».

وعن القاضي ابن كج: أنه لا تجوز، وبه جزم البندنيجي هنا، وكذلك الماوردي؛ لأجل أن عقد الكتابة يتضمن ملك العبد منافعه بحكم العقد، وهي

---

(١) في د، س: قبولها.
(٢) سقط في د، س.
(٣) في د، س: عقله.
(٤) في د: سك ثم جن.

مملوكة بعقد الإجارة[١]؛ فيتنافيان.

قال الماوردي: والعبد المرهون لا تجوز كتابته، وإن لم تملك منافعه؛ لكونه بعقد الرهن

معرضًا للبيع الذي تمنع منه الكتابة؛ فصارا متنافيين لهذه العلة.

قال: **ولا تستحب إلَّا لمن عرف كسبه وأمانته**؛ لما ذكرناه من معنى الآية.

وفي «البحر» وغيره: أن من أصحابنا من قال: إذا كان له دين وأمانة تستحب كتابته، وإن لم يكن كسوبًا؛ لأنه يدفع إليه من الصدقات.

وهذا مشهور في «المهذب» وغيره وأنَّ منهم من قال: تستحب كتابة الكسوب وإن لم يكن أمينًا. والأول أصح، ولا نزاع في أن ذلك لا يكره[٢].

قال: **ولا تجوز إلا على عوض في الذمة**؛ إذ لا قدرة[٣] للعبد على الأعيان.

قال: **معلوم الصفة كالمُسْلَم فيه**، وإطلاق الشيخ يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون المال ممَّا يعم وجوده أو ممَّا يندر.

وقد حكى القاضي الحسين فيما إذا لم يكن عام الوجود وجهين كالوجهين الآتيين فيما إذا كاتبه على مالٍ عظيمٍ في نجمين يسيرين.

[وتظهر فائدة الوجهين أيضًا فيما إذا أسلم في مال عامِّ الوجود فانقطع][٤]، فإن قلنا: يجوز [في هذه المسألة][٥]، لم ينفسخ العقد، وإن قلنا بمقابله فكالمسلم فيه[٦].

---

(١) زاد في د: فيه.

(٢) قوله: ولا يستحب الكتابة إلا ممن عرف كسبه وأمانته.
وقيل: إذا كان له دين وأمانة يستحب كتابته، وإن لم يكن كسوبًا؛ لأنه يدفع إليه من الصدقات.
وقيل: يستحب كتابة الكسوب وإن لم يكن أمينًا، ولا نزاع في أن ذلك لا يكره. انتهى كلامه.
وما أطلقه من الاتفاق على عدم الكراهة غير مستقيم، ففي الرافعي عن ابن القطان: أنها تكره عند فقد الشرطين. [أ و]

(٣) في د: فائدة. (٤) سقط في د، س. (٥) في د، س: فانقطع.

(٦) قوله: وقد حكى القاضي حسين فيما إذا لم يكن مال الكتابة عام الوجود - وجهين؛ كالوجهين فيما إذا كاتبه على مال عظيم في نجمين يسيرين.
وتظهر فائدة الوجهين - أيضًا - فيما إذا أسلم في مال عام الوجود، فانقطع، فإن قلنا: يجوز في هذه المسألة؛ لم ينفسخ العقد.
وإن قلنا بمقابله، فكالمسلم فيه. انتهى كلامه.
وتعبيره بقوله: فيما إذا أسلم في مال غلط، وصوابه: فيما إذا كانت على مال. [أ و].

قال: **ولا تجوز على أقل من نجمين**؛ لما روي عن عليٍّ - كرّم الله وجهه - أنَّه قال: «الكِتَابَةُ عَلَى نَجْمَيْنِ، والإتيانُ مِنَ الثَّانِي»، وهذا يقتضي أنَّه أقلّ ما تجوز عليه الكتابة؛ لأنَّ أكثر من نجمين يجوز بالإجماع.

وقد روى عن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - أنه غضب على عبد له، فقال: «لَأُعَاقِبَنَّكَ ولَأُكَاتِبَنَّكَ عَلَى نَجْمَيْنِ»، فلو جاز لما دونها لفعله؛ لكونه[1] أشد في العقوبة.

ولم ينقل عن أحد من الصحابة أنَّه كاتب على أقل من نجمين، ولو جاز ذلك لابتدروه؛ لكونه فيه تعجيل القربة.

وقد روى أبو علي بن أبي هريرة [في «تعليقه»][2] أن النبي ﷺ قال: «الكِتَابَةُ عَلَى نَجْمَيْنِ»[3] وهذا نص إن صح.

ولأن اشتقاقها من الضم والجمع، وأقل ما يكون به الضم والجمع اثنان.

ثم إذا لم تجز على أقلّ من نجمين كان امتناع جوازها حالة من طريق الأولى.

وقد استدل على منع الحلول[4] فيها بأنها عقد معاوضة يلحقه الفسخ، ومن شرطه ذكرُ العوض، فإذا عقد على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح؛ كما لو أسلم في شيء لا يوجد عند محله، ويفارق البيع؛ لأنه لا يتحقق فيه العجز عن العوض، وإن كان المشتري معسرًا؛ لأنه يملك المبيع، والعبد لا يملك شيئًا، [وإنما][5] ما في يده لسيده.

وقد حكى الإمام عن رواية شيخه وجهًا: أن البيع من المفلس لا يصحُّ إذا كان الثمن زائدًا على قيمة [المبيع، واستبعده، وكلام الغزالي في «الوسيط» يوهم جريانه وإن لم يكن الثمن زائدًا على قيمة][6] العين.

قال: [**يعلم**][7] **ما يؤدي في كل نجم** أي: سواءٌ التساوى [فيه][8] والتفاضل؛

---

(١) في د، س: لأنه. (٢) سقط في د، س.
(٣) ذكره الحافظ في تلخيص الحبير (٤/ ٣٩٩) وعزاه لابن أبي شيبة في المصنف بلفظ: «إذا تتابع على المكاتب نجمان ،فلم يؤدِّ نجومه - ردّ إلى الرق». وهذا اللفظ عند ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٣٩٤)، والبيهقي في السنن (١٠/ ٣٤٢)، وفي معرفة السنن والآثار (٧/ ٥٦١).
(٤) في د: الحول. (٥) سقط في د، س. (٦) سقط في س.
(٧) سقط في د، س. (٨) سقط في د، س.

صونًا للعقد عن غرر الجهالة، ومن أصحابنا من صححه عند الإطلاق، وجعل العوض مقسومًا عليهما بالسَّويَّة، حكاه الماوردي، وقال: لا يشترط على الصحيح من مذهب الشافعي - رضي الله عنه- تعيين ابتداء النجوم، بل يكفي الإطلاق فيها، ويكون الابتداء من حين العقد. وإن كان دليل كلامه هنا يقتضيه.

ولا يجوز أن يكاتبه على مائة في عشر نجوم على أن يؤدي قسط كل نجم في أوَّله؛ لأنَّ النجم الأوَّل يكون حالًّا، ولو جعل قسط كل نجم في وسطه ففي الصحة وجهان:

وجه المنع: أن وسط السنة ما بين طرفيها، وهو مجهول.

والقائل بالصحة يحمله على مضيّ ستة أشهر منها.

ولا فرق في جوازها على نجمين بين أن يكون المال قليلًا يمكن[١] تحصيله فيهما عادة أو كثيرًا [بحيث][٢] لا يمكن تحصيله [عادة][٣] فيهما؛ كما إذا كاتبه إلى أجل ساعتين بمال عظيم.

وقيل: في الحالة الثانية وجهان، وهما جاريان فيما لو قال: كاتبتك على خمسين دينارًا تؤديها إليَّ: في هذا اليوم [أربعين][٤]، وعشرة بعد[٥] سنة - كما قال القاضي الحسين - وهما مبنيان على أنَّ المنع[٦] في الكتابة الحالة لأجل تحقُّق العجز، أو لكون الغالب عدم قدرته على المال في الحال.

وكذا لا فرق في امتناعها على نجم [واحد][٧] أو حالَّةً بين ألا يمكن تحصيل ذلك كما شرط[٨]، أو يمكن تحصيله بأن يكاتب[٩] نصف عبد باقيه حرّ، [أو له][١٠] مال؛ كما هو ظاهر المذهب في «البحر»، واختاره الإمام.

وقال في «البحر»: الأقيس الجواز في الحالة الثانية، وهو وجه حكاه المراوزة[١١].

فرع: لو جعل محل النجم الأول [في][١٢] آخره، ومحل [النجم][١٣] الثاني

---

(١) في س: فلا يمكن.
(٢) سقط في د، س.
(٣) سقط في د، س.
(٤) سقط في د، س.
(٥) في ب: في.
(٦) في د، س: البيع.
(٧) سقط في د، س.
(٨) في د، س: المشروط.
(٩) في د، س: كان.
(١٠) في د، س: وله.
(١١) في د: الماوردي.
(١٢) سقط في د: س.
(١٣) سقط في د، س.

[في][(١)] أو له - ففي صحة ذلك وجهان، وجه المنع: أن الاتصال يصيرهما كالنجم الواحد.

قال: **وإن كاتبه على عمل ومال** أي: كخدمة شهر ودينار **قدم العمل على المال، وجعل المال في نجم بعده** أي: [بأن يقول:][(٢)] كاتبتك على أن تخدمني شهرًا أوّله من الآن، [ودينار][(٣)] تؤديه بعد يوم من الشهر الثاني مثلًا[(٤)].

وإنما اشترط تقديم العمل؛ كي لا يكون إجارة الشهر القابل، وقد تقدم أنَّ من شرط إجارة العين اتصال الشروع في الاستيفاء بالعقد.

وحكى القاضي الحسين عن ابن سريج أن هذا العقد لا يصح أيضًا؛ لأن الخدمة تكون حالة، والكتابة على عوض حالٍّ [أو بعضه][(٥)] لا تجوز.

وأجاب الأصحاب عنه بجوابين:

أحدهما: أنَّ [علة][(٦)] المنع من الكتابة على عوض حال عدم القدرة عليه، والعمل هو قادر عليه في الحال؛ فكان كالمال المنجم، بل أولى.

الثاني: أن الخدمة ليست حالة، وإن كان ابتداؤها من حين العقد فإنها[(٧)] منتظرة تنقضى حالا بعد حال، وهذا قاله أبو إسحاق المروزي. وعلى هذا الجواب ينطبق ما حكاه البندنيجي وابن الصباغ والقاضي الحسين والروياني في «البحر» عن أبي إسحاق أنه قال: لو جعل محل الدينار في مسألة الكتاب عقيب شهر العمل من غير فصل لم يجز؛ كي لا يصير ذلك أجلًا واحدًا، وهو اختيار [القاضي][(٨)] أبي حامد.

وحكى الماوردي جواز ذلك عند[(٩)] أبي إسحاق وابن أبي هريرة؛ لأن النجمين [ما][(١٠)] تغاير وقت استحقاقهما، واستحقاق الدينار في غير الوقت الذي تستحق فيه الخدمة؛ فكانا نجمين بهذا الاعتبار، وأن أبا إسحاق حكى عن بعض المتقدمين من أصحابنا أن الكتابة باطلة؛ لأن اتصال أحد النجمين بالآخر

---

(١) سقط في د، س.
(٢) في د، س: فيقول.
(٣) في د: أو دينار.
(٤) في د، س: أو بعد شهر بعده.
(٥) في د، س: وبعضه.
(٦) سقط في د، س.
(٧) في د، س: لأنها.
(٨) سقط في د، س.
(٩) في د، س: عن.
(١٠) سقط في س.

يجعلهما نجمًا واحدًا فلا بد بينهما من زمان لا تستحق فيه مطالبة.

ثم تعليل الوجهين يقتضي أنهما لو جعلا محل استحقاق الدينار في وسط شهر الخدمة لا يجوز.

قال الماوردي: وقد وجد ذلك منصوصًا للشافعي، وحكاه البندنيجي عن أبي إسحاق.

ثم قال: ومن أصحابنا من قال بجواز ذلك، وأنه ظاهر المذهب؛ لأن له في «الأم» كلامًا يدل على جواز هذا، وهو الذي جزم به القاضي الحسين، وحكاه الإمام عن كافة الأصحاب سوى أبي إسحاق.

ولو قدم نجم المال وأخر نجم العمل بأن قال: كاتبتك على دينار تؤديه بعد شهر من الآن، وعلى أن تخدمني الشهر الذي يليه - لم يجز؛ لما ذكرناه.

نعم، لو كان العمل في الذمَّة بأن قال: كاتبتك على دينار في ذمتك، وعلى خياطة ثوب في ذمتك صفته كذا وكذا؛ لتؤدى الدينار بعد شهر، والخياطة بعد شهرين - جاز؛ إذ لا مانع.

ويكفى في جعل الخدمة عوضًا في الكتابة [الإطلاق عند][(١)] [ابن الصباغ][(٢)]؛ لأنها معلومة بالعرف.

وقال في «التهذيب»: [إنه يجب][(٣)] بيان جهة العمل. وهو ظاهر النص، كما حكيناه في باب الإجارة.

فإذا قلنا بالصحة، فمرض العبد في أثناء الشهر، [فمن الأصحاب][(٤)] من خرَّجه على أن المبيع إذا تلف بعضه قبل القبض هل ينفسخ في الباقي؟ وفيه طريقان، وهذا ما حكاه البندنيجي والبغوي.

وقال القاضي أبو الطيب والقاضي الحسين: ينفسخ هاهنا قولًا واحدًا. وهو ما نص عليه الشافعي في «الأم»، حيث قال - [كما حكاه البندنيجي][(٥)]-: إذا انتقضت الكتابة [في النصف][(٦)] انتقضت في الكل. ووجهه بعض الأصحاب بأن

---

(١) في د: عند الإطلاق، و(عند) سقط في س.
(٢) سقط في د، س.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د، س.
(٦) سقط من د، س.

عقد الكتابة لا يقع على بعض العبد؛ فإذا انفسخ في بعضه انفسخ في كله.

ولا نزاع [في][١] أنه لو قال: «كاتبتك على منفعة» شهر، لم يجز؛ لأنها تختلف.

قال: وإن كاتبه على عملين أي: يعملهما في نفسه في شهرين، مثل أن يقول: لتخدمني هذا الشهر، ثم [الشهر][٢] الذي يليه، ولم يذكر مالًا -لم يجز؛ لأن ذلك نجم واحد.

ووجهه ابن الصباغ والمصنف بأنه شرط تأخير التسليم في الشهر الثاني؛ لأنه أفرده عن الأول، ومقتضى هذا التعليل: أنه لو ذكر مالًا لم يجز أيضًا؛ ولأجله صور بعضهم مسألة الكتاب بما إذا قال: كاتبتك على خدمة شهرين، والصواب ما ذكرته؛ لأن خدمة الشهرين نجم واحد وعمل واحد، والشهران كالوقتين من الساعة الواحدة، ولم يعُدَّ أحد ذلك نجمين، ويكون تعليل ابن الصباغ والمصنف إذا[٣] انضاف إليه [شيء][٤] حصل منه دليل، وهو أن يقال: لنا فيما إذا أجر الدار شهرًا، ثم أجرها من المستأجر شهرًا آخر في أثناء المدة - خلاف في الصحة: فمن جوزه[٥] جعل ذلك كما لو وجد في عقدٍ واحد، [وقضيته أن يكون هنا كنجم واحد فيمتنع، ومن منع في الإجارة نظر إلى أنَّ هذا عقد على منفعة زمن مستقبل][٦]، وقضيته[٧] المنع هاهنا - [أيضًا][٨] - فتحرّر أن المنع واقع هاهنا بكل حالٍ، والله أعلم.

وقد أبدى الإمام هنا وجهًا في صحة العقد في الصورة التي فرضناها[٩]، وضعفه لكونه جعل أصله ما إذا قال: أجرتك دارى سنة، ثم قال: إذا انقضت المدة [الأولى][١٠] فقد أجرتك شهرًا آخر؛ فإنه يصح على وجه.

فرعان:

لو قال: كاتبتك لتخدمنى هذا الشهر، ولتحصل لي خياطة ثوب من صفته كذا

---

(١) سقط في د، س.
(٢) سقط في د، س.
(٣) في ب: فإذا.
(٤) سقط في ب.
(٥) في د، س: جوز ذلك.
(٦) سقط في د، س.
(٧) في ب: وقضية.
(٨) سقط في د، س.
(٩) في د، س: ذكرناها.
(١٠) سقط في د، س.

وكذا عقيب الشهر أجاز، نصَّ عليه «الأم».

قال البندنيجي وغيره: لأنه بمنزلة قوله: كاتبك على خدمة شهرٍ ودينار بعده.

ولو قال: كاتبتك على تحصيل بناء حائط صفته كذا في رأس الشهر، وتحصيل خياطة ثوب في [رأس][1] الشهر الذي يليه جاز.

وكذا لو كاتبه على ضمان بناء دارين: إحداهما في وقت، والأخرى [في][2] وقت آخر - جاز كما نصَّ عليه في «الأم».

[قال: **ولا يصح حتى يقول: كاتبتك على كذا، فإذا أدَّيت فأنت حرٌّ**، أي: أو ينوى بقوله: كاتبتك، الكتابة الشرعية، ويقبل العبد، وهذا نصه، وقد تقدم الكلام فيه في باب التدبير][3].

قال: **ولا تصح إلا بالقبول**[4]، **[ولا يجوز][5] عقدها على صفةٍ مستقبلة** أي: سواء كانت معلومة كما إذا قال: إذا جاء رأس الشهر فقد كاتبتك، أو مجهولة كقوله: إذا قدم زيدٌ فقد كاتبتك؛ لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم ينعقد بغير لفظ، ولم يصح تعليقه على شرط مستقبل؛ كالبيع.

قال: **ولا على شرط خيار** أي: ولايصح اشتراط خيار فيها؛ لأن الخيار لدفع الغبن عن المال، والسيد يعلم أنَّه مغبون من جهة المال، والمكاتب مُخَيَّر بين أن يدفع المال أو لا يدفعه؛ فلا معنى للخيار في حقه.

قال: **ولا يجوز على بعض عبدٍ إلا أن يكون باقيه حرًّا**، هذا لفظ المزني، ووجهه: أنه مع بقاء الرّق [في نصفه][6] لا يتمكن من تحصيل النجوم؛ لأن لسيد النصف أن يمنعه من الاكتساب والسفر والغيبة لأجله كما هو ظاهر النص هاهنا، والصدقات [لا][7] تصرف إليه؛ كي لا يأخذ السيد نصفها بحق الملك، وذلك لا يجوز، وحينئذ يصير كما لو قال: كاتبتك على ألا تكتسب، ولا تأخذ من الصدقات.

وإذا كان باقية حرًّا [صح][8]؛ لأنه يتمكن من الاكتساب، وتصرف الصدقات

---

(١) سقط في د، س.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د، س.
(٤) في ب: بالقول.
(٥) في د، س: ولا يصح.
(٦) سقط في س، وفي د: في بعضه.
(٧) سقط في ب.
(٨) سقط في د، س.

إليه، فيحصل مقصود العقد؛ ولأنه عقد الكتابة على جميع [ما فيه][(١)] من الرق؛ فأشبه ما إذا عقدها على جميعه وهو رقيق.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون مملوكًا لغير المكاتب كما سنذكره مصرحًا [به][(٢)] في المسألة الثانية، أو يكون العبد مملوكًا[(٣)] فيكاتب بعضه، وهي المقصودة بالذكر هنا. ومن أصحابنا من قال: في الأخيرة قول مخرّج: أنه يجوز؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - قال في العبد المشترك إذا كاتبه أحدهما بإذن شريكه: «فيه قولان؛ لأن شريكه وهو قد رضيا» كذا حكاه في «الشامل»، وقال في «البحر»: «إن من قال بالأول فرّق بأن العبد إذا كان كاملًا له فقد تمكن من الكتابة على جميعه، بخلاف ما إذا كان مشتركًا.

وحكى الإمام أن بعض أصحابنا خرّج هذا وجهًا؛ قياسًا على التعليق والتدبير، وفي تعليق القاضي الحسين أنه خرّجه من نصين للشافعى - رضي الله عنه-:

أحدهما: أنه نصَّ على أنَّه لو كاتب عبدًا في مرض موته ولا مال له سواه صحت الكتابة في الثلث.

والثاني: أنه قال: لو أوصى بأن يكاتب عبده بعد موته، ولا مال له سواه فتصح الكتابة [في][(٤)] ثلث العبد إن رضى العبد، [فيكاتب ثلثه][(٥)].

وأنه خُرِّج من النص هنا إلى مسألة الوصية والكتابة في المرض قولٌ: أن ذلك لا يصح أيضًا، وأن بعض الأصحاب أقر النصين على ظاهرهما، وفرق بأن حالة الحياة مع الصحة تقبل من التكميل والسراية ما لا تقبله حالة الوفاة والمرض، فلو جوزنا في حال[(٦)] الصحة لأدَّى إلى أن تكون الكتابة على بعضه مقتضية[(٧)] لعتق كله، بخلاف المرض والوصية. نعم، لو كاتب في المرض بعض عبده، وكان في الثلث اتساع[(٨)] - كان كالكتابة في الصحة؛ فلا تصح على الأصح.

التفريع:

إن قلنا بالصحيح، فأدى المال عتق نصفه بالكتابة، ونصفه بالسراية، ثم

---

(١) في د، س: باقية.
(٢) سقط في د، س.
(٣) زاد في س: له.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د، س.
(٦) في د: حالة.
(٧) في د: يقتضيه.
(٨) في ب: شياع.

المكاتب يرجع [على السيد][١] بما دفع؛ والسيد يرجع على العبد بنصف قيمته كما قاله في «البحر»، والقياس: ألاَّ يرجع عليه إلاَّ بقيمة نصفه، وبينهما فرق ستعرفه في الصداق، والنصف الذي سرى إليه العتق لا يرجع السيد بقيمته على العبد؛ لأن سبب العتق جرى من سيده، فأشبه [ما لو][٢] قال لعبده: إن دخلت الدار فنصفك حرٌّ، فدخل - عتق جميعه على السيد.

وفي «الحاوي» وجه: أنَّه يرجع بجميع قيمته عليه؛ لأنه عتق في كتابة فاسدة.

قال ابن سريج: ومحل قولنا بعتقه[٣] [إذا سمى][٤] ما أدى بعد أداء حق سيده من كسبه، مثل أن يكون قد كاتبه على نصفه بعشرة، فأدى إليه من جميع كسبه عشرين، أمَّا إذا أدّى ما كوتب عليه قبل أداء حق سيده ففيه وجهان:

أحدهما: لا يعتق كما في الكتابة الصحيحة؛ لاستحقاقه بعضه بحكم الملك فلم تكمل الصفة.

والثاني: يعتقه[٥]؛ لأن في الفاسد يغلب حكم العتق بالصفة، وقد وجدت وإن لم يملك؛ كما لو قال: إن أعطيتنى هذا الثوب فأنت حرٌّ، فأعطاه، [وكان][٦] مغصوبًا.

وإن قلنا بالقول المخرَّج: فإن كان [بين العبد و][٧] سيده مهايأة، فأدى النجوم من كسبه في نوبته - عتق النصف بالكتابة والنصف بالسراية، وإن لم تكن بينهما مهايأة، لكنه اكتسب، ووفر [على السيد][٨] نصف كسبه، وأدّى من النصف الآخر النجوم - عتق، وإن دفع [إلى السيد][٩] النجوم من جميع الكسب ففي عتقه وجهان في «البحر»، والسيد مخير بين أن يهايئه[١٠] أو لا.

قال: وإن كان [عبدًا بين][١١] **اثنين، فكاتبه أحدهما في نصيبه بغير إذن شريكه - لم يجز**؛ لعلتين:

إحداهما: ما ذكرناه في مكاتبة بعض عبده.

والثانية: أن كتابة البعض تنقص قيمة الباقي؛ فيؤدي إلى الإضرار بالشريك.

---

(١) في د، س: على سيده.
(٢) في د، س: ما إذا.
(٣) في د: عتقه.
(٤) في د، س: إذا كان.
(٥) في د، س: لا يعتق.
(٦) في د، س: وهو.
(٧) في د، س: بينه وبين.
(٨) في ب: الكسب.
(٩) سقط في د، س.
(١٠) في ب: يكاتبه.
(١١) في ب: عبدين.

قال البندنيجي: ولأبى العباس ما يدلُّ على الصحة. وسنذكر عن الإمام ما يوافقه.

ثم على الأول يكون الحكم في العتق عند أداء النجوم من نصف كسبه، أو من جميع كسبه، والتراجع(١) كما ذكرناه من قبل، فإذا أدَّى المشروط من نصف كسبه، ودفع للذى لم يكاتب [النصف الآخر](٢) - [عتق](٣)، فإن كان قدر نصف الكسب قدر نصف قيمته فلا كلام، وإن كان أكثر قال البندنيجي: فالفاضل يكون بين المكاتب وبين سيده الذي لم يكاتبه وإن أدّى المشروط من جميع كسبه، ففي عتقه الوجهان السابقان، وهما محكيان هنا عن ابن سريج، وأضعفهما في «الشامل»: حصول العتق، وقد حكاهما المراوزة قولين، ونسبوا قول المنع إلى رواية الربيع، وقول الحصول إلى نصه في كتاب ابن أبي ليلى، وأجراهما(٤) فيما لو قال: إن أعطيتنى عبدًا فأنت حرٌّ، فأعطاه مغصوبًا، ثم إذا عتق سرى العتق إلى حصة الشريك إن كان سيد المكاتب موسرًا، ولا يرجع على العبد بشيء.

قال: وإن كان بإذنه ففيه قولان:

أحدهما: لا يصح؛ لما ذكرناه من العلة الأولى، وهي امتناع صرف الصدقات إليه، وعدم قدرة العبد على الاكتساب بالمسافرة؛ فإنَّ إذن الشريك إنما يفيد رضاه(٥) بالضرر اللاحق به دون استقلاله بالتصرف والمسافرة، وهذا نصّ عليه في «الأم» واختاره المزني، فعلى هذا يكون الحكم كما لو كاتب بغير إذن شريكه.

والثاني: يصح؛ نظرًا للعلة الثانية، وهي أن المنع من ذلك كان لأجل حقّ الشريك؛ فإذا رضى به فقد رضى بإسقاط حقه وإدخال(٦) الضرر على نفسه؛ فصح. وهذا ما نصَّ عليه في «الإملاء» على مسائل محمد بن الحسن، ونقله المزني مع الأول، فعلى هذا: يكون نصف العبد مكاتبًا، والنصف مملوكًا للشريك، والكسب بينهما، والنفقة عليهما.

قال في «البحر»: وهل يجوز صرف الزكاة إليه؟ فيه وجهان.

---

(١) في ب: والراجح.
(٢) في ب: نصفه.
(٣) سقط في: س.
(٤) في ب: وأجرياهما.
(٥) في س: برضاه.
(٦) في ب: وإذا حال.

ولو طلب أحدهما المهايأة فهل تجب؟ فيه وجهان في «الحاوي»:

أحدهما: نعم؛ كالقسمة. وأصل هذا: أن النبي ﷺ قسم بين نسائه، وهذا: مهايأة قد أوجبها لنفسه وعليها.

والثاني: لا؛ لأنها تفضى إلى تأخير حقٍّ معجَّلٍ وتعجيل حقٍّ مؤخّرٍ، بخلاف القسمة، وفي قسمة الزوجات لا يمكن الجمع بينهن، ولا بد من إفراد كل واحدة بحقها؛ فلزمت المهايأة.

ثم إذا وقعت المهايأة: إمَّا لزومًا أو جوازًا، وأدى النجوم من الكسب الحاصل في يومه -عتق، وإن أدّاها من نصف كسبه، ودفع إلى الشريك الذي لم يكاتبه النصف الآخر - عتق، وسرى العتق كما ذكرنا.

وإن دفع النجوم من جميع كسبه فمن الأصحاب من قال: في العتق وجهان أو قولان كما في الصورة السابقة، ومنهم من قال: لا يعتق وجهًا واحدًا.

والفرق: أن الكتابة الصحيحة المغلب عليها حكم المعاوضة، بخلاف الفاسدة؛ فإن المغلب عليها حكم الصفة.

وقد حكى البندنيجي الطريقين وقال: إن الثاني هو المذهب، وبه جزم ابن الصَّبَّاغ.

وقد حكى الإمام عن بعض المحققين طرد القولين في نفوذ الكتابة بإذن الشريك، [في نفوذها بغير إذنٍ][1] وقال: إنه متجه منقح؛ لأن إذن الشريك لا يثبت للعبد[2] حكم الاستقلال وجواز أخذ الصدقة؛ فإذن لا يبقى [إلا][3] تخيل تضرر الشريك إذا فُرِضَ[4] نفوذ العتق.

وقد يُفرق بأن العتق المجرد له سلطان، وللكتابة يعرض الفساد والصحة، ثم الاستمرار[5] والنقض، لكن الأول أرجح.

فرع: إذا صححنا الكتابة بإذن الشريك، فكاتبه أحدهما، ثم أراد الآخر[6] مكاتبته - جاز من غير إذن المكاتب؛ لأنه لم يبق له حق يخشى فواته.

قال: **وإن كاتباه لم يجز إلاَّ على مال بينهما على قدر الملكين، فلو كان العبد**

---

(١) سقط في د.
(٢) في د، س: العقد.
(٣) سقط في د، س.
(٤) في ب: أفرض.
(٥) في د: الاستقرار.
(٦) في ب: الثاني.

بينها نصفين، وشرطا أن يكون مال الكتابة بينهما أثلاثًا، أو كان بينهما أثلاثًا فشرطا أن يكون [المال](١) بينهما نصفين لم يجز؛ لأن ذلك يؤدي إلى أن ينتفع [أحدهما](٢) بمال(٣) الآخر؛ فإنه إذا عجز اقتضى العقد أن يرجع أحدهما على من أخذ زائدًا عن حقه بالقدر الزائد، وحينئذ يكون الانتفاع به قبل العجز بغير حق، ولا سبيل الى ذلك، ولا فرق فيما ذكرناه بين أن [تجوز كتابة بعض العبد بإذن الشريك أو لا، كما قاله القاضي أبو الطيب وغيره.

ومن أصحابنا من قال: إن المنع مبنيٌّ على قولنا: لا يجوز أن يكاتب بعض عبده بإذن شريكه، أمّا إذا قلنا: يجوز](٤) لأحدهما أن يكاتب حصته بإذن شريكه، جاز ذلك؛ لأنَّ العقد(٥) يتعدد بتعدد البائع، وصار كما لو أفرد كل واحد منهما كتابة نصفه. وهذه الطريق اختارها القفال.

وقال الرُّويَانِي: إنها أشبه بكلام الشافعي - رضي الله عنه - لأنه ذكر هذه المسألة في «الأم»، وذكر أنَّه لا يجوز، ثم قال: ولو أجزت هذا لأجزت أن ينفرد بكتابة حصته.

وذهب بعض أصحابنا [إلى](٦) أنَّه إذا كان لأحدهما الثلث، وللآخر الثلثان فكاتباه على مال بينهما على قدر الملكين - [لم يجز؛ أخذًا بظاهر قول الشافعي - رضي الله عنه-: ولا يجوز](٧) أن يكاتباه حتى يكونا فيه سواء. وقال: إذا كانا في ملكه سواء جاز أن يكاتباه على مال متفاضل بينهما.

ومنهم من قال: إذا تساويا في ملكه، وتساويا في المال، وكاتباه معًا - فهل يصح؟ فيه طريقان:

أحدهما: أن فيه قولين؛ لأن العقد إذا اجتمع في أحد طرفيه عاقدان جرى عليه حكم العقدين فصار كأنَّ كلَّ واحد منهما انفرد [به](٨)، وفيه قولان.

والثاني: القطع بالصحة - وهو الصحيح - كما ذكره الشيخ؛ لأنه يكمل تصرفه إذا اجتمعا على الكتابة، ويجوز له الأخذ من الصدقات، بخلاف ما لو كاتبه أحدهما.

---

(١) سقط في د، س.
(٢) سقط في د.
(٣) في س: بتحرير.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: العبد.
(٦) سقط في د، س.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في د، س.

قال: **وعلى نجوم واحدة**؛ لأن أحدهما لو جعل نجمه الأول شهرًا، والثاني شهرين مثلًا، وجعل الثاني نجمه الأول شهرين والثاني أربعة - لم يجز؛ لما ذكرناه من المعنى في الصورة قبلها، قال في «البحر»: وهكذا لا يجوز أن يختلف جنس ما شرطاه من المال - وهذا بناه[1] على الصحيح في منع التفاضل في المال [مع التساوى في العبد، أمّا إذا قلنا: يجوز التفاضل، جاز الاختلاف في النجوم وجنس المال][2] من طريق الأولى.

قال: **وللمكاتب أن يفسخ العقد متى شاء**؛ لأنه عقد لحظه فكان له فسخه متى شاء كالمرتهن[3]، وهذا ما جزم به الماوردي، وقيل: ليس له؛ لأنه لا ضرر عليه في البقاء، وله الامتناع من الأداء؛ لأن الكتابة تعليق عتق بصفة - كما ذكرنا - والمعلق عتقه بصفة من جهته لا يكلف الإتيان بها ليترتب[4] العتق عليها؛ فكذلك هاهنا، وهذا ما جزم به في «البحر» في موضع منه.

قال الإمام: وهذا في الحقيقة عكس الصواب؛ فإن التزام[5] الكتابة وتجويز الامتناع من الوفاء كلام متناقض. والعراقيون وافقوه[6] على تضعيفه، لكن برد علته[7]، وقالوا: ما ادعاه قائله من أنَّه لا ضرر عليه في البقاء ممنوع؛ فإنه يتضرر بكون نفقته عليه، ويستفيد بالفسخ رفعها عنه، وإذا جاز له الفسخ كان له الامتناع [من [أداء المال][8] من طريق الأولى.

وحكى المراوزة وجهًا: أنَّه ليس له الامتناع][9] عند القدرة، وهو يشابه وجهًا حكيناه عن الماوردي في [أواخر][10] باب العتق[11] فيما إذا علق عتق عبده على [مشيئته: أنه يجب عليه أن يشاء][12].

قال: **وليس للسيِّد أن يفسخ إلاَّ أن يعجز المكاتب عن الأداء** أي: عند المحل، وإنما[13] لم يجز له الفسخ قبل العجز؛ لأنها عقدت[14] لحظ العبد دون

---

(١) في ب: بتاء. (٢) سقط في د. (٣) في ب: المرتهن.
(٤) في د: لترتب. (٥) في د، س: ألزم. (٦) في ب: أبقوه.
(٧) في د، س: يرد عليه. (٨) في س: الأداء. (٩) سقط في د.
(١٠) سقط في د، س. (١١) في د، س: التدبير.
(١٢) في د، س: دخول الدار وجب عليه الدخول.
(١٣) في د، س: وإذا. (١٤) في ب: عقد.

حظ السيد، وما كان هذا شأنه كان لازمًا من جهة من لا حظ له كما قلنا في الرهن، بالنسبة إلى الراهن، ولأن الفسخ لو جاز له لم يبق العبد ببقائه على الكتابة، فيتكاسل في تحصيل النجوم؛ فيتعذر مقصود العقد، وإنما جاز له بعد العجز؛ قياسًا على فسخ البائع بعجز المشتري عن الثمن.

وفي «تعليق» القاضي الحسين في باب بيع المكاتب: أنَّا إذا صححنا بيعه انفسخت الكتابة على رأي، [بناءً][(١)] على أنَّ المغلب في[(٢)] الكتابة[(٣)] حكم التعليق بالصفة، [وكذا إذا أعتقه وقلنا: إن المغلب فيها حكم التعليق بالصفة][(٤)]، انفسخت الكتابة، وعادت الأكساب للسيد وجاز على هذا عتقه عن الكفارة.

وعلى المشهور: إذا أراد السيد أن يفسخ الكتابة عند عجزه فالمعتبر أن يقول العبد: [قد][(٥)] عجزت - كما قال الماوردي - فيترتب فسخ السيد بعده، وكما يجوز الفسخ عند عدم القدرة على أداء النجوم[(٦)] كذلك يجوز عند القدرة عليه، وامتناع المكاتب من الأداء، ويخالف البيع؛ لأن [العقد ثَمَّ لازم من جهة المشترى][(٧)] فأمكن إجباره على الأداء، فاندفع الضرر، وهاهنا العقد جائز من جهة المكاتب؛ فلا يمكن إلزامه الوفاء كما قلنا في عدم مطالبة المشتري بالثمن في زمن الخيار؛ فتعين الفسخ طريقًا لدفع الضرر.

قال الماوردي: ويشترط إذا أراد الفسخ أن يقول المكاتب: قد عجزت نفسى، ثم يقع فسخ السيد بعده، وهل يكون رضا المكاتب بأن يبيعه السيد فسخًا للكتابة؟ قال القاضي الحسين: نعم، وعليه ينطبق جواز بيع بريرة مع أنها كانت مكاتبة؛ لأنها كانت ساعية في البيع بين عائشة - رضي الله عنها- ومواليها، والخيار في هذا الفسخ على التراخي، ولو صّرح بالإمهال، ثُمَّ عَنَّ له الفسخ عند حضور المكاتب، جاز، وعند غيبته سنذكره. ولا فرق في جواز الفسخ بالعجز أو الامتناع عن[(٨)] الأداء بين أن يكون في النجم الأخير أو الأول، [أو يتعين][(٩)] أحدهما، كما صرّح به الروياني[(١٠)] وغيره.

---

(١) سقط في ب. (٢) في س: على. (٣) في د: فيها.
(٤) سقط في د. (٥) سقط في د. (٦) في ب: المال.
(٧) في ب: المشتري ثم العقد لازم من جهته.
(٨) في د، س: عند. (٩) في د، س: أو بتعين. (١٠) في د: الماوردي.

فروع:

إذا حلَّ النجم ومال الكتابة عرض، فسأل الإنظار إلى بيعه وجب إمهاله، وليس للسيد الفسخ، ولا يمهل أكثر من ثلاثة أيام، وكذا إذا كان ماله على مسافة لا تُقصر فيها الصلاة، وسأل الإمهال إلى إحضاره أُمهل، وكذا لو كان له مال على مَلِيءٍ وجب[1] إمهاله ليستوفيه. ولو كان ماله[2] على مسافة القصر، أو مؤجلًا، أو على معسر، أو لم يتمكن من بيع العروض في ثلاثة أيام - كما صرّح به القاضي الحسين والماوردي وغيرهما - لم يجب إمهاله، وللسيّد الفسخ والإنظار.

وقال الإمام: إن ظاهر ما ذكره الصَّيْدَلاَنِيُّ فيما إذا لم يمكن بيع العروض لكسادها إلاَّ بعد زمان: أن السيد لا يفسخ، ولست أرى الأمر كذلك. ولو كان له في ذمة السيد قدر مال الكتابة، قال القاضي الحسين: فإن كان من نوع النجوم تقاصا[3]، وإن كان من غير جنسها فلا تقاصَّ، ولكن ليس للسيّد تعجيزه، بخلاف ما لو حلَّ النجم وعنده عروض. ولو حلَّ النجم في غيبة المكاتب، [وأراد][4] الفسخ[5] فالذي حكاه البندنيجي، وابن الصباغ، والقاضي الحسين، وبه قال البغداديون من أصحابنا وأبو إسحاق: أنه يرفع الأمر إلى الحاكم، وثبت عنده أنَّ له على المكاتب مال الكتابة، وأنه قد تعذّر عليه الأداء، فإذا فعل ذلك استحلفه الحاكم؛ لأنه قضاء على غائب، وهذه اليمين استظهار عند أكثر أصحابنا كما قال الماوردي.

ومنهم من قال: «إنها واجبة في فسخ الحاكم، وهو ظاهر كلام البندنيجي وابن الصباغ.

وقال البصريون من أصحابنا: للسيد أن ينفرد في حال الغيبة بالفسخ من غير حاكم كما يفعل ذلك في وجه المكاتب»، وهذا ظاهر نصه في «الأم» و«المختصر»، والمذهب[6] في «النهاية»، وقال: إن العراقيين صححوه.

قال الأصحاب: وينبغي للسيّد أن يشهد على الفسخ في هذه الحالة حتى يأمن

---

(١) في ب: يجب.
(٢) في ب: المال.
(٣) في ب: يتقاضا.
(٤) سقط في د.
(٥) زاد في س: السيد.
(٦) في ب: والظاهر.

عند حضور المكاتب جحوده؛ فإنه لو حضر ومعه المال، وأنكر فسخ السيد كان القول قوله، ولو كان للمكاتب في هذه الحالة مال حاضر لم يكن للحاكم أن يوفى النجوم عنه، بخلاف ما لو جُنَّ المكاتب، وله مال يفي بالنجوم[(١)] وقد حلت، قال الإمام: وقلنا بعدم انفساخ الكتابة على الرأى الظاهر - وهو ما حكاه العراقيون - فإن السيد لا يفسخ الكتابة، والحاكم يوفى عنه النجوم ويعتق.

والفرق: أنه في هذه الحالة مولى عليه، وللمولى[(٢)] أن يفعل في مال المولى عليه ما فيه المصلحة، ومن مصلحة المكاتب العتق، بخلاف ما إذا كان غائبًا؛ فإنه [لا ولاية][(٣)] عليه، والحاكم إنما يقضى من حقوقه ما يجب عليه، وهو لو كان حاضرًا لم يجب عليه القضاء؛ [فكذا في غيبته][(٤)]، قال الإمام: وما ذكر من الوفاء عن المجنون فيه تأمّلٌ؛ لأنه في حكم ولاية على مملوك، ولو كان مفيقًا[(٥)] ربما [كان][(٦)] يفسخ ولا يؤثر الأداء.

وقال في «الوسيط»: إن المكاتب إذا جُنَّ وسلم المال إلى السيّد عتق؛ لأن فعل العبد ليس بشرط، بل إذا تعذر فعله فللسيّد أخذه.

ثم قال: هكذا أطلقه الأصحاب. واستشكل استقلال السَّيِّد بالأخذ عند إمكان مراجعة القاضي، والإشكال على مقتضى ذلك صحيح، وهو مطرد في حصول العتق بدفع المجنون؛ لأن فعله كلا فعلٍ، وما في الذمة يشترط في مُقْبِضه[(٧)] أن يكون ممن هو من أهله كما تقدم في البيع[(٨)].

---

(١) في ب: النجوم. (٢) في ب: وللولي. (٣) في ب: لا ولاء.
(٤) سقط في د، س. (٥) في د، س: مقيمًا. (٦) سقط في د، س.
(٧) في د: تقضيبه.
(٨) قوله: وقال في الوسيط: إن المكاتب إذا جُنَّ، وسلم المال إلى السيد، عتق؛ لأن فعل العبد ليس بشرط، بل إذا تعذر فعله؛ فللسيد أخذه.
ثم قال: وهكذا أطلق الأصحاب واستشكل استقلال السيد بالأخذ عند إمكان مراجعة القاضي، والإشكال على مقتضى ذلك صحيح، وهو يطرد في حصول العتق بدفع المجنون؛ لأن فعله كلا فعل، وما في الذمة يشترط في مقبضه أن يكون ممن هو من أهله، كما تقدم في البيع. انتهى كلامه.
واعلم أن الإشكال للإمام، وقد نقله الرافعي عنه، ودعوى المصنف أن الإشكال صحيح - ليس كذلك.
ووجهه: أن المجنون في معنى الممتنع من أداء الدين، وقد صححوا أن الممتنع يجوز الأخذ من ماله بغير إذنه، وإن كان لصاحبه عليه بينة. [أ و].

قال في «البحر» وغيره: ولا يجوز للسيّد في حال جنون المكاتب وادعائه عجزه أن يفسخ ما لم يأت الحاكم ويفعل ما ذكرناه من قبل؛ لأنَّ الحاكم قيم[1] المجانين، ولو أن السيد لم يفسخ عند غيبة مال المكاتب في مسافة القصر، أو عند عجزه عن الأداء مطلقًا، ثم سافر العبد، [فعن للسيد][2] الفسخُ: فإن كان السفر بغير إذن السيّد كان له الفسخ في الحال، وإن كان عن إذن السيد قال البندنيجي: لم يكن له الفسخ في الحال إلاَّ أن يحضر عند الحاكم، ويثبت عنده [الكتابة][3] والتبرع بالتأخير والرجوع، فإذا قامت[4] البينة بذلك[5] [حلف؛ لأنَّه قضاء على الغائب، فإذا قضى بما ثبت عنده كتب إلى حاكم البلد الذي [به المكاتب][6] بما حكم به عليه، فإذا ثبت [ذلك][7] عند الحاكم المكتوب إليه لم يخل المكاتب إمَّا أن يكون إذ ذاك عاجزًا عن[8] الأداء، أو قادرًا: فإن كان عاجزًا أرسل المكتوب إليه إلى المكاتب][9] ليعرفه بذلك، ويسلط السيد على الفسخ، وإن كان قادرًا فإن كان للسيد وكيل بتلك البلدة فسلم المال إليه عتق، وإن امتنع من التسليم إليه فقد حكى الربيع أن للسيّد فسخ الكتابة قبل تمكن المكاتب من المسير إليه، وكذا إن كان الوكيل مأذونًا له في الفسخ [كان له الفسخ][10]، وحكى المزني أنَّه لا يتمكن السيّد من الفسخ قبل إمكان المسير إليه، وهو غلط عند الأصحاب. وقالوا: المذهب ما حكاه الربيع.

وإن لم يكن له وكيل كلفه الحاكم المسير لقضاء دينه في الأوقات التي جرت العادة فيها بالسير، [أو إنفاذه][11] مع غيره، فإن لم يسر، ولم ينفذ مع غيره النجوم، ومضت مدة يمكن فيها السير - كان للسيد الفسخ، ولم يكن له قبل ذلك. ثم إذا فسخ بشرطه، فحضر المكاتب، وأقام ببينة بأنه [كان][12] قد أدّى النجوم، أو أن السيد أبرأه - تبينا[13] عدم الفسخ، ويكفيه في البينة: شاهدان، ورجل وامرأتان، وشاهد ويمين؛ لأنها بينة[14] على قضاء الدَّيْنِ أو إبراء منه، كذا

---

(١) في د، س: ولى علي.
(٢) في د، س: فعلى السيد.
(٣) سقط في س.
(٤) في د: كانت.
(٥) في د، س: على ذلك.
(٦) في س: فيه المكاتبة.
(٧) سقط في س.
(٨) في ب: على.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في س.
(١١) في د: وإنفاذه.
(١٢) سقط في د، س.
(١٣) في س: بيّنًا.
(١٤) في ب: شهادة.

حكاه العراقيون والقاضي الحسين.

وحكى الغزالي في النجم الأخير وجهًا: أنه لا يثبت إلاَّ بشاهدين لترتب العتق عليه، والقاضي الحسين حكاه فيما إذا أقام بينة على أنه أعتقه مع وجه آخر أنّه يكفي في هذه الصورة أيضًا؛ لأن العتق في هذه الحالة أيضًا بمنزلة الإبراء عن النجوم، ولو أقام بينة أنه كان له مال ظاهر تبين(١) فسخ الفسخ. [نعم](٢)، لو كان مالا خفيًّا [لا يعرفه](٣) السيد، قال الإمام: فالفسخ نافذ.

قال: **وإن مات العبد انفسخت الكتابة**، أي: وإن خلف وفاء؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا عَبْدٍ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشْرَ أَوَاقٍ فَهُوَ عَبْدٌ، وَأَيُّمَا عَبْدٍ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ فَأَدَّاهَا إلا عَشَرَةَ دَنَانِيرَ فَهُوَ عَبْدٌ»(٤). خرّجه أبو داود والنسائي وابن ماجه، وقال الترمذي: «إنه غريب». ولأنه فات المعقود عليه قبل التسليم فبطل العقد؛ كالمبيع(٥) إذا تلف قبل القبض.

وحكم قتل المكاتب حكم موته، سواء كان القاتل أجنبيًّا أو السيد. قال: **وإن مات السيد لم تنفسخ**؛ لأنه لازم من جهته فأشبه موت الراهن والبائع، وينتقل الملك فيه [إلى الوارث](٦) إن قلنا بأن الملك في الرقبة للسيد - كما سنذكره - وهو الصحيح. ولو كان الوارث زوّج المكاتب انفسخ النكاح على هذا، وإن قلنا بأن(٧) ملك الرقبة ليس للسيد، قال القاضي الحسين: فلا ينفسخ.

قال: **وعلى السيد أن يحط عن المكاتب بعض ما عليه**؛ لقوله تعالى:

---

(١) في د، س: بيَّن. (٢) سقط في د. (٣) في د، س: لا يعلمه.

(٤) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٤٤) كتاب العتق، باب: في المكاتب يؤدي بعض مكاتبته، حديث (٣٩٢٧)، والترمذي (٣/ ٥٦٠)، كتاب البيوع، باب: المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى، حديث (١٢٦٠)، والنسائي في الكبرى (٣/ ١٩٧)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٢) كتاب العتق، باب: المكاتب، حديث (٢٥١٩)، والدارقطني (٤/ ١٢١)، كتاب المكاتبة، حديث (١)، والحاكم (٢/ ٢١٨) كتاب المكاتب، والبيهقي (١٠/ ٣٢٣ - ٣٢٤) كتاب المكاتب، باب: المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم، كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
قال الترمذي: حديث حسن غريب.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

(٥) في د: كالبيع. (٦) في ب: للوارث. (٧) في ب: إن.

﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِيٓ ءَاتَىٰكُمۡۚ﴾ [النور: ٣٣] وهذا أمرٌ وظاهره[١] الوجوب.

وقد روى عن على - كرم الله وجهه - موقوفًا [ومرفوعًا][٢] عن النبي ﷺ أنه قال في هذه الآية: «يُتْرَكُ لِلْمُكَاتَبِ، وَيُحَطُّ عَنْهُ رُبُعُ الْكِتَابَةِ»[٣] روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنَّه كاتب عبدًا بخمسة وثلاثين ألفًا، فوضع عنه خمسة آلافٍ[٤] قال الشافعي - رضي الله عنه-[٥]: أحسبه قال: «من آخر نجومه».

وروى عن ابن عمر أنَّه قال[٦]: في هذه الآية: يقول الله تعالى: ضعوا عنهم من مكاتبتهم[٧].

وعن فضالة قال: كاتبني عمر -رضي الله عنه- فاستقرض من حفصة مائتي درهم، فأعانني بها، فذكرت ذلك لعكرمة، فقال: هو قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِيٓ ءَاتَىٰكُمۡۚ﴾[٨] [النور: ٣٣].

فإذا ثبت هذا فلا خلاف أنَّه لا يجب عقيب العقد، ولو فعله لوقع الموقع، ويجب عند بعضهم وجوبًا مضيّقًا بعد العتق[٩]، قياسًا على المتعة[١٠]؛ فإنها لا تجب إلاَّ بعد الطلاق، وعند هذا القائل يكون وقت الوجوب الموسع من وقت وجوب الأداء إلى العتق، وما قبله وقت جواز له.

---

(١) في د، س: وظاهر الأمر.

(٢) سقط في د، س.

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٣٩٧)، عن علي بن أبي طالب، مرفوعًا بلفظ: «يترك للمكاتب الربع» وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٣٢٨).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٣٣٠) وفي المعرفة (٧/ ٥٤٧).

(٥) الأم (٨/ ٣٥).

(٦) في د، س: يقول.

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٣٣٠)، من قول ابن عباس رضي الله عنهما.

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٣٣٠)، وابن سعد في الطبقات (٧/ ١١٨).

(٩) قوله: ولا يجب إلا بناء عقب الصفة بلا خلاف، ولو فعله لوقع الموقع، ويجب عند بعضهم وجوبًا مضيقًا بعد العتق... إلى آخر كلامه.
واعلم إن لم تقيد الوجوب الذي نفاه بالمضيق، فدل على إرادة النوعين، ويدل عليه أنه قد ذكر بعد هذا تفاصيل الوجوه في وقت وجوبه الموسع والمضيق، ولم يذكر منها أنه يجب موسعًا من حين العقد، فدل ذلك أيضًا على ما أراده وما اقتضاه كلامه من نفي الأمرين. إذا علمت ذلك، فالذي ذكره غريب. فإن الصحيح أن وقت الوجوب الموسع، يدخل بالعقد. وقد صرح هو به في المطلب، ونقله عن نص الشافعي، وهو مقتضى كلام الرافعي. [أ و].

(١٠) في د، س: المنفعة.

ومنهم من قال: إن وقت وجوبه المضيق بعد أداء معظم[(١)] المال، وإشرافه على العتق في النجم الأخير. وهو المذهب في «تعليق» البندنيجي، وبه قال أبو إسحاق وغيره، ورجحه في «البحر» أيضًا.

وعبارة بعضهم: أنَّه يجب إذا بقى عليه من مال الكتابة قدر ما يلزمه أن يدفعه إليه.

والفرق بين [ما نحن فيه][(٢)] وبين المتعة: أن القصد بالدفع الإعانة على العتق، ومحلها قبل العتق؛ كما أنَّ الزكاة لمَّا كان القصد من صرفها إليه الإعانة على العتق كان محلها قبله، والقصد بالمتعة جبر كسرها بالطلاق، ومحله بعده.

وعلى هذا يكون الوجوب الموسع من [دخول][(٣)] وقت وجوب الأداء إلى ذلك الوقت.

وقيل: إنما يدخل وقت الوجوب الموسع إذا استأدى منه شيئًا بعد العقد، ويكون وقت تضييقه عند آخر النجوم؛ لأن الله - تعالى - قال: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]؛ فلا بد أن يحصل من جهة المكاتب شيء حتى يتناوله الأمر، وعلى هذا: وقت جواز الإيتاء من وقت العقد إلى حين الأداء، والقائل بخلاف هذا يقول: معنى قوله تعالى: ﴿ءَاتَىٰكُمْ﴾ أي: أوجبه لكم على نفسه بالعقد، أو نعيد الضمير إلى الله تعالى.

وحكى القفال عن بعض أصحابنا أنه قال: إذا حط أو آتاه مالًا قبل آخر النجوم لا يجوز، بل يجب أن يحصل العتق بحطه [أو بإيتائه][(٤)] قدر الواجب أو يؤتيه بعد العتق؛ ليحصل له[(٥)] كمال التمليك؛ فإن لم يحصل العتق به لا يكون قد قام بالواجب.

وفي قدر الواجب وجهان:

أحدهما - حكاه البندنيجي عن أبي إسحاق-: أنَّه يعتبر قدره بقدر مال الكتابة، فيؤتيه بحسب ذلك.

---

(١) في د، س: أكثر.
(٢) في د، س: هذه المسألة.
(٣) سقط في د، س.
(٤) في س: أو بإثباته، وفي د: أو إتيانه.
(٥) في ب: فيه.

وفي «الشامل» حكاية عن أبي إسحاق في «الشرح»: أنَّه يختلف باختلاف الكتابة من الكثير بقدره، ومن القليل بقدره؛ كما نقول في المتعة تكون[١] بحسب يساره وإعساره.

وهذا يفهم أن ما نحن فيه يختلف بيسار المكاتب وإعساره عند أبي إسحاق، وقد صرح بذلك الماوردي حيث حكى عنه أنه قال: إن ذلك يتقدّر[٢] بالاجتهاد من مال الكتابة كالمتعة. ثم قال: وإذا كان كذلك اعتبرت ثلاثة أمور:

أحدها: كثرة مال الكتابة[٣] وقلته؛ فيكون ما يعطى من الكثير كثيرًا، ومن القليل قليلًا.

والثاني: قوة المكاتب وضعفه؛ فيعطى الضعيف الكسب أكثر، والقوى الكسب أقلّ.

والثالث: يسار السيد وإعساره؛ فيعطيه الموسر أكثر، والمعسر أقلّ.

ولو اتفقا على [أكثر من][٤] ذلك أو أقل جاز، وإن لم يتفقا فالمرجع إلى الحاكم؛ كالمتعة.

و[الوجه][٥] **الثاني** - وهو المنصوص عليه في «الأم»، والصحيح، وبه جزم القاضي الحسين-: أنّ للسيد أن يدفع إليه ما شاء مما يقع عليه اسم «المال» وإن كان حبَّة، لأنَّ الله - تعالى - لم يقدره بشيء؛ فاقتضى ذلك ما ذكرناه، بخلاف المتعة؛ فإن الله تعالى قدرها بحسب الموسر والمقتر؛ فلذلك اختلفت باليسار والإعسار.

والمستحب[٦] أن يضع ربع الكتابة؛ للخبر، وقيل: بل يستحب[٧] الثلث. وليس بشيء.

قال: فإن لم يفعل حتى قبض المال، ردّ عليه بعضه؛ لظاهر الآية.

قال بعضهم: ولأن «الإيتاء» يقع على الحط والدفع، إلاَّ أنّ الحط أولى؛ لأنه أنفع له؛ لأنه لا يتكلف المشقة في تحصيله، ولأن الصحابة فسروه بالحط.

---

(١) في د، س: تجب.
(٢) في د: يتعذّر.
(٣) في ب: المكاتبة.
(٤) في ب: زيادة على.
(٥) سقط في د، س.
(٦) في ب: ويستحق.
(٧) في ب: المستحب.

فلولم يرد عليه بعض ما أخذ، ولكن ردّ عليه غيره، فهل [يجزئه ذلك؟](١) ينظر:

إن كان من غير الجنس، كما إذا كاتبه على دراهم فأعطاه دنانير، لم يلزم العبد القبول، وكذا لو أعطاه دراهم من غير التي أدَّاها إليه على رأيٍ لأصحابنا. نعم، لو رضى بذلك جاز في الصورتين.

ومن أصحابنا من قال: إذا دفع إليه من نوع ما قبض منه جاز، وإن لم يرض؛ لأنّ ذلك ليس بآكد من الزكاة، ولو عدل فيها من العين إلى جنسها جاز.

والقاضي الحسين أجاب بهذا الوجه؛ بناء على أنَّ الإيتاء هو الأصل كما هو وجه، وقضيته: أن يكون الراجح خلافه؛ لأنّ القول بأن الإيتاء هو الأصل مرجوح - كما سنذكره - وعلى ذلك جرى البندنيجي وابن الصباغ والماوردي، وجعلوه ظاهر المذهب.

وحكى في «البحر» عن بعضهم أنَّ من قال بإجزاء الإعطاء من غير المدفوع فقد غلط؛ لأنه مخالف لظاهر الآية. ثم حكى أنّ القاضي الطبري قال: إن المشهور الإجزاء، وإن من قال بأنه لا يجزئ؛ أخذًا من قول الشافعي - رضي الله عنه-: «ويعطيه ما أخذ» - فقد غلط؛ لأن(٢) الشافعي - رضي الله عنه - أراد: من جنسه لا من عينه، قال الروياني: وهذا أصح عندى.

وقال الإمام فيما إذا أعطى من غير الجنس: إني وجدت في بعض كلام الأئمة ما يدل على أنَّه يجزئ؛ لأن هذا يلحق بالمعاملات.

تنبيه: ظاهر كلام الشيخ يقتضي أن الحط هو الواجب؛ فإذا لم يفعله وجب الإيتاء، وهذا ظاهر نصَّ الشافعي - رضي الله عنه- في «الأم» حيث قال: «ويجبر [سيد](٣) العبد على أن يضع عنه مما عقد عليه الكتابة شيئًا»، وعلى ذلك جرى بعض الأصحاب؛ فإنه لا فائدة في الأخذ منه، ثم الدفع إليه.

وبعضهم قال: الأصل في الوجوب الإيتاء، ومعناه: أنَّه إذا أدّى جميع النجوم يؤتيه السيد مالًا [يتجر فيه](٤) أيامًا، ليهيىء أمر نفسه، والحط يقوم مقامه.

---

(١) في ب: يجزئ.
(٢) في ب: فإن.
(٣) سقط في د.
(٤) في ب: يتعشى به.

وحكى القاضي الحسين وجهًا ثالثًا عن بعضهم: أنَّه يتخير: إن شاء آتى، وإن شاء حط. وهذا ما أورده البندنيجي، وكذلك الماوردي، لكنه قال: إذا أراد السيد أن يعطيه نقدًا، وأراد[(١)] المكاتب الحط - فقول المكاتب أولى؛ لأنه يريد تعجيل ما عليه.

قال القاضي الحسين: وفائدة الخلاف إنما تتبين في الكتابة الفاسدة؛ فإنّا إذا قلنا: إن الأصل هو الإيتاء، فهل يجب الإيتاء فيها؟ فيه وجهان. وإن قلنا: إن الأصل هو الحط، فلا خلاف أنَّه لا يجب.

فروع:

إذا أبرأ السيد المكاتب من جميع النجوم، فهل يجب أن يؤتيه شيئًا؟ فيه خلاف مأخوذ من إبراء المرأةِ الزوجَ من جملة[(٢)] الصداق قبل الطلاق الواقع قبل الدخول كما حكاه الرافعي [ثَمَّ؛ «وهو» إنما][(٣)] يتجه إذا قلنا: إن وقت الجواز لا يدخل إلاَّ بعد أداء شيء من النجوم؛ تمسكًا بظاهر الآية.

أمَّا إذا قلنا: يدخل وقته بالعقد، فالإبراء حصل في أوانه؛ فلا يتجه تغريمه شيئًا أصلًا.

إذا بقى في ذمة المكاتب أقلُّ ما يتمول، قال القاضي الحسين [في «تعليقه»][(٤)]: فلا ينحط[(٥)] عنه من غير حطٍّ من جهة السيد، لكن إذا قلنا: إن الحط أصل والإيتاء بدل، فليس للسيد تعجيزه، وللعبد أن يرافعه[(٦)] إلى الحاكم حتى يحط عنه، فإن لم يحط فالقاضي يحط عنه نائبًا عنه. وإن قلنا: الإيتاء [أصل، أو قلنا][(٧)] بالتخيير بين الإيتاء والحط، فإذا بقى في ذمته أقل ما يتموَّلُ فللسيد تعجيزه، فإذا عجزه صار قِنًّا؛ فلا يجب الإيتاء.

وقال الإمام: هذا عندي غير صحيح، فإن المكاتب [إن][(٨)] وجب عليه ما بقى، فله على السيد مثله، ونحن قد نقول في مثل هذا بالتقاص.

---

(١) في د، س: وطلب.
(٢) في ب: حكم.
(٣) في د: وإنما.
(٤) سقط في د، س.
(٥) في ب: نحط.
(٦) في د، س: يرفعه.
(٧) في ب: يكون أصلًا وقلنا.
(٨) سقط في س.

وأيضًا: فإن الإيتاء إنما شُرع؛ حتى لا يعجز العبد بهذه البقية، وإذا شهد أخص مقاصد الحكم في أمر لم يسع مخالفته.

إذا مات السيد بعد القبض وقبل الإيتاء، قضى ذلك من تركته، فإن كان ورثته صغارًا دفع الحاكم [أو الوصي](١) إليه أقل ما يقع عليه الاسم. فإن كان على الميت دين زاحم المكاتب الغرماء، وقيل: إن ذلك كالوصايا؛ فيؤخر عن الديون، حكاه البندنيجي عن بعضهم؛ أخذًا من قول الشافعي: فإن مات السيد بعد قبض جميع الكتابة(٢) حاص بالذى له أهل الدين والوصايا.

وحكى أبو إسحاق المروزي [عن بعضهم](٣) أنَّه قال: وإنما أجراه مجرى الوصايا، لأنه ليس بشيء محدود فيضرب(٤) به مع الغرماء، وإنما يمكن أن يضرب به مع الغرماء إذا كان له حد(٥) معلوم قال أبو إسحاق: والأول أشبه بمذهب الشافعي، رضي الله عنه.

ثم هذا إذا كان المال الذي آتاه المكاتب قد فُقِدَ، أما إذا كان موجودًا، أو قدر الإيتاء منه موجودًا تعين حقُّه فيه، وقُدِّم على سائر الغرماء؛ كالبائع إذا وجد عين ماله قبل قبضه الثمن.

قال: **ولا يعتق المكاتب ولا شيء منه ما بقى عليه درهم**؛ لقوله ﷺ: «المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ مُكَاتَبَتِهِ دِرْهَمٌ»(٦) خرجه أبو داود.

ولأن أحكامه إمَّا أن يغلب عليها(٧) [حكم](٨) المعاوضات؛ فتجرى مجرى البيع، أو حكم الصفات؛ فتجرى مجرى العتق بالصفة.

فإن كان الأول، فالبيع لا يلزم فيه تسليم المبيع قبل تسليم جميع ثمنه، والعتق

(١) في د، س: الوالي. (٢) في س: المكاتبة. (٣) سقط في د، س.
(٤) في ب: يتصرف. (٥) في ب: حده.
(٦) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٤٤) كتاب العتق: باب في المكاتب يؤدي بعض مكاتبته، حديث (٣٩٢٧) والترمذي (٣/ ٥٦٠) كتاب البيوع: باب المكاتب إذا كان عنده ما يؤدَّى، حديث (١٢٦٠)، والنسائي في «الكبرى» (٣/ ١٩٧)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٢) كتاب العتق: باب المكاتب، حديث (٢٥١٩)، والدارقطني (٤/ ١٢١) كتاب المكاتبة، حديث (١)، والحاكم (٢/ ٢١٨) كتاب المكاتب، والبيهقي (١٠/ ٣٢٣، ٣٢٤) كتاب المكاتب: باب المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
(٧) في ب: فيها. (٨) سقط في د، س.

في هذا المقام تسليم المعقود عليه.

وإن جرى مجرى العتق بالصفة لم يقع إلا بوجود جميع الصفة.

فرع: لو كاتبه على دينارين: دينار يؤديه بعد شهرٍ، ودينار يؤديه بعد شهرين، على أنَّه إذا أدَّى الدينار الأول عتق، وأدَّى الدينار الآخر وهو حرٌّ - قال ابن سريج: كان فيه قولان: أحدهما: يفسد العقد؛ لأنه شرط ما ينافى مقتضاه، والثاني: يصح؛ لأنه لو كاتبه مطلقًا، وأدّى بعض المال، وأعتقه على أن يؤدي الباقي بعد عتقه - جاز، فإذا شرطه في الابتداء وجب أن يصح، قاله في «الشامل» و«البحر» وغيرهما.

قال: **وإن كان [عبد بين]**[١] **اثنين، فكاتباه [أي: معًا]**[٢]**، وأبرأه أحدهما عن حقّه أو مات** أي: السيد المكاتب، **وأبرأه أحد الوارثين عن حقّه - عتق نصيبه**؛ لأنه أبرأه عن جميع ما يستحقه عليه؛ فعتق؛ كما لو كان هو المكاتب لجميعه فأبرأه عن النجوم».

قال **وقوّم عليه نصيب شريكه** أي: في الحال، إن كان موسرًا[٣] **في أحد القولين** ؛ لأن المبرئ[٤] كان يمكنه ترك البراءة حتى يعتق الجميع أو يعجز الجميع، فلمّا عجل العتق بالإبراء قبل الأداء إلى شريكه، كان ذلك منه جناية أدّت إلى تبعيض حريّته؛ فوجب التقويم عليه، كما لو لم يكن مكاتبًا.

ولأن العتق إذا تعلق بشيئين روعى أعجلهما، وهذا ما رجحه المزني في الصورة الأولى في باب من أبواب هذا الكتاب، وجزم به بعضهم في الصورة الثانية، كما حكاه في «البحر».

وقال في «الإبانة»: إنَّه مخرج.

فعلى هذا يكون في وقت السراية الأقوال الثلاثة التي تقدّمت في كتاب العتق، كما صرّح به البندنيجي، وقال: إن قلنا: يسرى بنفس اللفظ، قوَّمنا حصة الشريك وهو حرٌّ، وإن قلنا: لا يسرى إلاَّ بدفع القيمة، قوَّمناها مكاتبًا.

قال **دون**[٥] **الآخر**؛ لما في التنفيذ في الحال من إبطال حقِّ الشريك

---

(١) في ب: عبدين.
(٢) سقط في د.
(٣) في ب: مؤخرًا.
(٤) في ب: المشتري.
(٥) في التنبيه: ولا يقوم في.

والمكاتب، كما ستعرفه.

وقد حكى البندنيجي عن بعضهم القطع به في المسألة الثانية، قال في «البحر»: والصحيح طريقة القولين.

ثم على القول الثاني: لو أدَّى للشريك ما وجب عليه عتق، وكان الولاء عليه بينهما، وإذا لم يؤد وعجز وفسخت الكتابة، فقد جزم الشيخ أبو حامد وغيره في الأولى بأنه يقوم على الشريك ـبرئ الآن، وهو ما نصَّ عليه في «الإملاء على مسائل مالك».

قال البندنيجي: ويكون العتق هنا يحصل بدفع القيمة قولًا واحدًا، ولا يمكن أن نقول: إنه حصل باللفظ؛ لأنا قد أخّرناه[1] عنه.

وحكى القاضي الحسين انّا إذا قلنا: يقوم عليه بعد العجز، فهل نقول: يسرى العتق في ذلك الوقت أوْ لا يسرى إلاَّ بدفع القيمة؟ فيه جوابان.

وما قاله أبو حامد وحكيناه عن النصِّ موافق لما حكيناه عن الروياني فيما إذا كان عبد بين اثنين، فدبراه، ثم أعتق أحدهما نصيبه، وقلنا: إنه لا يسري العتق عليه؛ فبطل التدبير في حصة شريكه - أنَّه «يسري»[2]، وعلى هذا التقدير يكون ما أبداه الشيخ في «المهذب» [في هذه المسألة][3] احتمالا لنفسه، وهو عين[4] المنقول عن الأصحاب، وقد حكينا في التدبير عن رواية الإمام عن معظم الأصحاب: أنه لا يسرى العتق المنجز في الحصة [بعد بطلان التدبير في الحصة][5] الأخرى إذا لم نقل بسريانه في الحال؛ لأن السراية إذا لم تعمل في الحال لم تعمل في المآل؛ كما لو أعتق الشريك وهو معسر، وهذا يظهر جريانه هنا من طريق الأولى؛ لأن التدبير لا يمنع نقل الملك [في المدبر][6]، والكتابة تمنعه؛ فهي أقوى، وإذا منع الأضعف[7] السراية[8] حالًا ومآلًا، فالأقوى بذلك أوْلى.

وقد حكى الإمام أن صاحب «التقريب» حكى قول عدم السريان هاهنا مطلقا

(١) في د: أجزناه.
(٢) في ب: لا يسري.
(٣) سقط في د، س.
(٤) في س، د: غير.
(٥) سقط في د.
(٦) في ب: والتدبير.
(٧) في س، د: الضعيف.
(٨) في ب: السريان.

قولًا مخرّجًا لما ذكرناه، وقال: إنه متجه في القياس، ولكنه ليس بالمذهب؛ فلا اعتبار به، وسأذكر عن الماوردي حكاية قول مثله في نظير المسألة.

وأمَّا في الصورة الثانية فقد حكى الأصحاب في السريان قولين:

أحدهما: المنع؛ لأن العتق في هذه الحالة وقع عن الميت بدليل أن الولاء له، وإذا وقع عن الميت لم يقوم على غيره، وهذا ما نقله المزني في «الجامع الكبير»، واختاره ونقله إلى «المختصر» في آخر باب كتابة بعض عبد، ونصره.

وقال أبو إسحاق: لا يختلف قول الشافعي - رضي الله عنه - أن الولاء لأبيهما؛ فوجب ألا يقوم عليه.

والثاني - وهو الذي صححه الشيخ أبو حامد-: أنه يقوّم عليه كما قلنا[١] في المسألة الأولى؛ لما ذكرناه من التعليل، وما ذكر من كون الولاء لأبيهما لا يدلُّ على عدم السريان والتقويم؛ لأنه قد يقع [العتق][٢] والولاء لشخص، وتكون القيمة على غيره؛ فإن[٣] أحد الشريكين لو قال لصاحبه: أعتق نصيبك عنى على ألف، فأعتقه [فإنه يسري على المباشر للعتق، وكذلك لو قال أجنبي لأحدهما: أعتق نصيبك عني على ألف، فأعتقه][٤] فإنه يسرى إلى نصيب شريكه، ويكون العتق عن السائل والولاء له، والتقويم على المباشر، كذا حكاه في «البحر» وكذا ابن الصباغ في الصورة الثانية.

ثم مقتضى ما ذكره أبو إسحاق من كون الولاء لأبيهما؛ تفريعًا على عدم التقويم - أن يكون ثمرة الولاء بين الذي أبرأ وبين الذي لم يبرئ؛ لأن ثمرة ولاء بيهما لهما، وقد حكى في «البحر» أن صاحب «التلخيص» قال في «المفتاح»: «في الولاء قولان:

أحدهما: هذا.

والثاني: يكون لمن أعتق على حكم الكتابة، يعني الابن المبرئ خاصة.

وابن الصباغ والبندنيجي والقاضي الحسين حكوا هذا الخلاف وجهين، ورجح الإمام الوجه الأول، وقال عن الوجه الثاني: إنه لا وجه له وإن كان مشهورًا.

---

(١) في س: قلناه.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: فإذن.
(٤) سقط في س، د.

ثم قضية ما سلمه الشيخ أبو حامد من كون الولاء يثبت(١) لشخص وتكون السراية على غيره مع قوله بالسريان، يفهم أن جميع الولاء في جميع العبد يكون بين المشتري والذي لم يبرئ، وقد جزم ابن الصباغ والبندنيجي بأنَّ ولاء ما قوم عليه [له](٢)، وولاء(٣) النصف الذي عتق بالإبراء فيه الوجهان السابقان، وطردا ذلك فيما إذا قلنا: إنه يقوم عليه في الحال، وفرعه الإمام علي خلاف سيأتي في أنا في هذه الحالة هل نحكم بانفساخ الكتابة [أم لا؟](٤) فإن حكمنا بانفساخها فالأمر كذلك، وإن قلنا بعدم الانفساخ فالحكم الذي يحب القطع به صرف الولاء إلى الميت، ثم اشتراك الابنين في فائدته، ولا يجوز إجراء خلاف؛ فإن الكتابة لم تتبعض بقيا وارتفاعًا، بل حصل العتق في الجميع على حكمها، وهذا منه بناء على [أن](٥) الخلاف السابق [في الاشتراك](٦) في فائدة ولاء النصف الذي حصل عتقه بإبراء أحد الابنين، وقد رق النصف الآخر، لعدم الوفاء، وتفريعنا(٧) على عدم السراية مأخذه خلاف حكاه البندنيجي وغيره في أن الكتابة قد انفسخت في البعض الذي رق، والكتابة إذا انفسخت في البعض مع بقاء الرق في الجميع هل تنفسخ في الباقي؟ وفيه قولان، والجمهور لم يبنوهما على هذا؛ فإن هذا البناء يقتضي عدم نفوذ العتق في نصيب الابن المبرئ، وقد اتفقوا على نفوذه فيه، كما حكاه [هو](٨) أيضًا، وبناهما القاضي الحسين على أصل، وهو أن رق المكاتب هل يورث أم لا؟ وفيه قولان(٩) :

أحدهما: يورث؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - قال: لو زوج ابنته من مكاتبه برضاها، ومات(١٠) السيد ينفسخ(١١) النكاح.

والثاني: أن رق المكاتب لا يورث.

وهذان القولان مبنيان على أصل، وهو أن الدين هل يمنع الإرث أم لا؟ وفيه قولان:

أحدهما: نعم؛ لأن حق الغرماء يقدم على حق الورثة فيمنع.

---

(١) في ب: ثبت.
(٢) سقط في د.
(٣) في ب: ولاء.
(٤) سقط في ب.
(٥) سقط في د، س.
(٦) سقط في د.
(٧) في ب: وتفريضًا.
(٨) سقط في س، د.
(٩) في س، د: جوابان.
(١٠) في س، د: ثم مات.
(١١) في د، س: انفسخ.

والثاني: لا يمنع؛ لأن تعلق [حق](١) الغرماء بماله لا بعين(٢) ملكه، كما نقول في حق المجني عليه: إن تعلق حقه برقبة الجاني، لا بعدم ملك السيد في عبده، ووجه الشبه(٣): أن الدين لما استقر في ذمته فتقدم حق الغرماء منع من جريان الميراث في المال الموروث، كذلك هنا تقدم استحقاق الموروث(٤) يمنع من جريان الملك(٥) فيه، وإذا قلنا: رق المكاتب لا يورث، فلا يسرى على المبرئ(٦) العتق.

واستحسن الإمام هذا البناء، وأيده باتفاق الطرق على أن أحد الشريكين المكاتبين إذا أعتق(٧) نصيبه سرى، فلو لم يكن الخلاف في أن الورثة هل يملكون رقبة المكاتب، لما كان لترديد القول بالسراية إذا أعتق الوارث محلٌّ، والعتق في [هذا المقام](٨) متضمن للإبراء كما صرح به الإمام وغيره، فإذا صرح بالإبراء كان من طريق الأولى أن يثبت هذا الحكم. ثم مقتضى بناء القاضي: أن الصحيح الجديد عدم السريان، كما أن الصحيح الجديد: أن الدين لا يمنع انتقال الإرث.

فرع: لا يجوز للمكاتب أن يدفع لأحد الشريكين شيئًا لم يدفع مثله للآخر في حالة دفعه إليه؛ لأنه قد يعجز فيؤدي إلى انفراد أحدهما بمال الآخر، فلو أذن أحدهما في دفع شيء للآخر يختص به فهل يجوز؟ فيه قولان منصوصان:

أحدهما - وهو اختيار المزني-: لا.

والثاني(٩): نعم.

وحكى القفال أن بعض أصحابنا بنى(١٠) القولين على جواز كتابة أحد الشريكين بإذن صاحبه، ومنهم من بناهما على جواز تبرع المكاتب بإذن سيده، وأصح القولين في «الحاوي» «والبحر»: الجواز.

وعلى هذا: إذا كان المدفوع قدر نصيبه من مال الكتابة عتقت حصته [إذا

---

(١) سقط في س، د.
(٢) في ب: يعين، وفي د: يحيز.
(٣) في س، د: السيد.
(٤) في د، س: الولاء للموروث.
(٥) في س: الإرث، وفي د: العتق.
(٦) في ب: المشتري.
(٧) في د: عتق.
(٨) في س، د: هذه الحالة.
(٩) في س، د: والآخر.
(١٠) في س، د: حكى.

قبضها][١]، ولو امتنع من القبض أجبر عليه للقدرة على تحصيل العتق، ثم إذا حصل العتق عند القبض نظر: إن كان معه وفاء بنصيب الآخر دفعه وعتق، وإن لم يكن معه وفاء - قال أبو إسحاق: فلا يختلف المذهب أنه يقوم على شريكه.

وقال في «الحاوي»: هل يقوم على شريكه إذا كان موسرًا؟ فيه قولان.

وعلى قول التقويم[٢] هل يقوم في الحال أو بعد عجزه عن الكتابة؟ فيه الخلاف السابق،وإذا نظمت ذلك جاءك في[٣] حال التقويم ثلاثة أوجه، ثالثها: أنه لا يقوم في الحال، ويقوم بعد زوال الكتابة، وقول عدم التقويم مطلقًا في هذه المسألة[٤] هو عين الذي رواه صاحب «التقريب» فيما تقدم مخرجًا؛ إذ لا فرق بين حصول البراءة بالقبض أو بالإبراء، وعلى هذا لك أن تجرى كلام الشيخ على ظاهره وتقول: إذا كاتباه، فأبرأه أحدهما عن حقه، أو مات فأبرأه أحد الوارثين عن حقه - عتق نصيبه[٥]، وقوِّم عليه نصيب شريكه في أحد القولين، ولا يقوَّم في الآخر، أي مطلقًا.

[ثم على][٦] قول التقويم [فهل هو][٧] في الحال أو بعد العجز عن الكتابة؟ فيه قولان.

ولو حصل القبض بالإجبار فكذلك الحكم؛ لأنه مختار في عقد الكتابة.

قلت: وكان يتجه أن يتخرج على خلافٍ ذكرناه فيما إذا ورث عينًا فاطلع بها على عيب، وكان عوضها بعض من يعتق عليه، فرد المعيب، فعاد إليه القريب هل يسرى؟ وهذا لا يتقاعد عن أن يكون مثل ذلك؟[٨]

---

(١) سقط في س، د. (٢) في س: القديم. (٣) زاد في س، د: حال.
(٤) في س، د: الصورة. (٥) في س، د: عليه. (٦) في س، د: وعلى.
(٧) في س، د: هل يكون.
(٨) قوله: قال - يعني الشيخ-: وإن كان عبد بين اثنين فكاتباه، فأبرأه أحدهما عن حقه أو مات فأبراه أحد الوارثين عن حقه، عتق نصيبه، وقوم عليه نصيب شريكه في أحد القولين.
ثم قال: فرع: لا يجوز للمكاتب أن يدفع لأحد الشريكين شيئًا، لم يدفع مثله للآخر في حال دفعه إليه، فإن أذن أحدهما في الدفع؛ ففيه قولان، فإن جوزنا فحصل العتق بالقبض؛ ففي تقويم نصيب شريكه عليه ثلاثة أوجه:
ثالثها: أنه لا يقوم عليه في الحال، ويقوم بعد زوال الكتابة، ثم قال: ولو حصل القبض بالإجبار؛ فكذلك الحكم؛ لأنه مختار في عقد الكتابة.
قلت: وكان يتجه أن يتخرَّج على خلاف ذكرناه فيما إذا ورث عينًا، فاطلع بها على عيب، وكان
=

نعم، لو كان المجبر على القبول الوارث، فلا يسرى العتق إليه اتفاقًا،صرح به الأصحاب[(١)].

فرع: إذا قلنا بالتقويم في الحال؛ ففي «البحر» في الأولى أن الكتابة تنفسخ، والمال الذي في يد المكاتب يسلم نصفه إلى الذي لم يعتق حصته، والنصف الآخر للمكاتب؛ لأن حصة ما عتق منه على الكتابة، وفي «الوسيط» حكاية وجهين:

أحدهما: هذا.

والثاني - وهو الذي [يقتضي][(٢)] إيراده ترجيحه-: أنا[(٣)] على هذا القول نقدر انتقاله إلى المعتق من غير انفساخ في الكتابة، بل يعتق من جهة الكتابة عن المعتق؛ حتى لا يكون الولاء للشريك، ولا يؤدي إلى بطلان الكتابة.

قال الإمام: وهذا فيه نظر؛ لأن السراية تتضمن انتقال الملك، و[ملك][(٤)] المكاتب لا يقبل النقل على الصحيح.

قال: **ويملك المكاتب بالعقد منافعه وأكسابه**؛ لأن عقد الكتابة أثبت للسيد عوضًا في ذمة العبد، ومقتضاه: أن يملك في مقابلته ما وقع العقد عليه، وهو الرقبة؛ كي لا يبقى العوض والمعوض لواحدٍ، فلما تعذر ذلك؛ لكونه[(٥)] لو ملكها لعتق - كان تأثير العقد فيما هو أقرب إليها، وهي المنافع والأكساب؛ لكونه[(٦)] محجورًا عليه في استهلاكها في غير حق.

= عوضها بعض من يعتق عليه، فرد المعيب، فعاد إليه القريب، هل يسري؟ وهذا لا يتقاعد عن أن يكون مثل ذلك. انتهى كلامه.

وهذا البحث الذي ذكره باطل. وقوله: إن مسألتنا لا تتقاعد عن مسألة الإرث عجيب، فإن سبب العتق هناك - وهو الرد - مختار فيه، وأما هاهنا، فالسبب الذي هو القبض مجبر عليه، فكيف يصح التخريج مع ذلك؟! وقد نبه عليه في حاشية الكتاب. وقال: إن هذا التخريج فاسد ظاهر الفساد. [أ و].

(١) قوله في المسألة: نعم لو كان المجبر على القبض هو الوارث؛ فلا يسري العتق إليه اتفاقًا. صرح به الأصحاب. انتهى كلامه.

وما نقله من الاتفاق غريب مردود، فقد جزم البغوي في التهذيب، والقاضي الحسين في التعليق: بأنه يجري في الوارث الوجهان اللذان في حد الشريكين، والغريب أن الرافعي قد نقل ما في التهذيب، ونقل عدم الخلاف عن الإمام خاصة، فكأن المصنف لم ينظر هنا غير النهاية، نعم تابع الغزالي إمامه عليه. [أ و].

(٢) سقط في: س. (٣) في ب: لنا. (٤) سقط في د.

(٥) في ب: لكونها. (٦) في ب: لكنه.

قال الماوردي: ثم هذا الملك مراعى يستقر بالأداء، ويزول بالعجز؛ كالمبيع في زمن الخيار.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنَّا لا نقول: إن المكاتب ملك أكسابه؛ بدليل أنه لا يمكنه أن يتبرع بها، وعلى ذلك جرى في «التهذيب» حيث قال: الكتابة معاقدة يتسلط بها العبد على أكسابه، فيجمعها ويؤديها إلى المولى فيعتق، ولا يملك مكاسبه(١) ولا رقبته.

وفي «تعليق» البندنيجي في كتاب «الأيمان» إيماء إلى ذلك؛ حيث قال: إذا حلف لا يركب دابة المكاتب، فركب دابة له، فإن قلنا: يملك، حنث، وإن قلنا: لا يملك، لم يحنث، وظاهر المذهب: أنه يحنث؛ لأنها في حكم ملكه، بدليل أنه يتصرف فيها دون [إذن](٢) سيده. [انتهى](٣). لكن الذي دل عليه ظاهر النص الأول؛ حيث قال: إن المكاتب ممنوع من استهلاك ماله. وقد حكيت في ابن الصباغ عن كتاب «الأيمان» حكاية عن بعض الأصحاب: أن المكاتب يملك بالعقد رقبته، وإنما لا يعتق؛ لضعف الملك، وحمل قولهﷺ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ دِرْهَمٌ» على ذلك، والمذهب خلافه.

قال: وله أن يبيع ويشتري، ويستأجر، ويكري؛ لأنه عقد الكتابة ليحصل(٤) العتق بأداء النجوم، والأداء إنما يكون بالاكتساب(٥)، فمكن منه بجميع جهاته تحصيلًا للمقصود، واقتصر الشيخ على التمثيل بما ذكره؛ لدلالته على ما عداه من احتطاب واحتشاش [وغير ذلك](٦) من طريق الأولى.

قال: وهو مع السيد كالأجنبي مع الأجنبي في البيع والشراء، والأخذ بالشفعة، وبذل المنافع؛ لأنه صار بعقد الكتابة كالخارج(٧) عن ملكه، وإنما له في ذمته مال.

قال: وله أن يسافر في أحد القولين، وهو الذي نص عليه في «المختصر»، وهو الأصح؛ لأمرين:

---

(١) في س: أكسابه.
(٢) سقط في ب.
(٣) سقط في ب.
(٤) في د: لتحصيل.
(٥) في س، د: بالإكساب.
(٦) في د: وغيره.
(٧) في ب: خارجًا.

أحدهما: أن المكاتب مالك لتصرف نفسه؛ فلم يكن للسيد أن يحجر عليه بمنعه[(١)].

والثاني: أن للسيد عليه دينًا إلى أجل، وليس لصاحب الدين أن يمنع من عليه الدين المؤجل من السفر.

وليس له ذلك في[(٢)] **الآخر**، أي: من غير إذن السيد، وهو الذي نص عليه في «الإملاء» لأن فيه تعزيرًا بالمال وتأخيرًا لحقٍّ.

وقال أكثر الأصحاب - كما حكاه الماوردي-: إن كان السفر مما لا تقصر فيه الصلاة جاز، وإن كان مما تقصر فيه الصلاة لم يجز، وحملوا القولين على هذين الحالين.

قال: ولا يتزوج إلا بإذن المولى؛ لقوله ﷺ:« أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ»[(٣)] أي: زَانٍ، و«الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»، والكلام في ذلك مستوفًى في كتاب النكاح؛ فليطلب منه.

وليس له أن يطأ أمته بملك اليمين؛ لأمرين:

أحدهما: ضعف ملكه.

والثاني: خشية العلوق فتنقص قيمتها.

وقد ذكرنا [في أن][(٤)] السيد [إذا ملَّك][(٥)] عبده أمة أنه يجوز له أن يتسرى بها وإن لم يأذن له السيد على وجه، وملك المكاتب أقوى منه؛ فيتجه أن يجيء مثله هنا من طريق الأولى إذا نظرنا إلى المعنى الأول، وإن نظرنا إلى المعنى الثاني فينبغي أن ننظر إن كانت ممن تحبل فيمتنع عليه الوطء بدون الإذن، وبالإذن

---

(١) في د، س: لمنعه.

(٢) في التنبيه: دون.

(٣) أخرجه الطيالسي (١٦٧٥) وعبد الرزاق (٢٩٧٩) وأحمد (٣/ ٣٠٠، ٣٧٧، ٣٨٢) وأبو داود (١/ ٦٣٣) كتاب النكاح، باب في نكاح العبد بغير إذن مواليه (٢٠٧٨) والترمذي (٢/ ٤٠٤) أبواب النكاح، باب ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده (١١١١، ١١١٢) وفي العلل الكبير له (٢٧٠) وأبو يعلى (٢٠٠٠) والطحاوي في شرح المشكل (٢٧٠٥)، (٢٧٠٦)، (٢٧٠٧)، (٢٧٠٨)، (٢٧٠٩) والطبراني في الأوسط (٤٧٩٤) والحاكم (٢/ ١٩٤) والبيهقي (٧/ ١٢٧) وأبو نعيم في الحلية (٧/ ٣٣٣).
وقال الترمذي: حديث جابر حديث حسن.

(٤) في د، س: فيما إذا ملك.

(٥) سقط في د، س.

قولان، وإن كانت ممن لا تحبل فيجيء [فيها][(١)] الخلاف المذكور في وطء الراهن، وقد حكاه الإمام عن شيخه تفريعًا على مسألة الرهن، ثم قال: وهو غير مرضي؛ من جهة أن المكاتب عبد، وهو ما لو وطئ يتصرف في نفسه بما يوهي القوة ويضعف البنية، ولا ضبط يُرْجَعُ إليه فيما يجوز من ذلك ويمنع؛ فالوجه حسم الباب.

قال: **ولا يحابى ولا يهب**[(٢)] **ولا يعتق** أي: ولو بثواب **[ولايكاتب ولا يضارب]** أي: بماله، **ولا يرهن** أي: من غير ضرورة، **ولا يكفر بالطعام والكسوة**؛ لجريان أحكام الرق [عليه][(٣)]، ولأن السيد إذا ملكه مالًا لم يكفر به، فكذلك هنا[(٤)]، ولأنه في ماله كالمعسر؛ بدليل عدم نفوذ تبرعاته.

قال: **ولا ينفق على أقاربه غير**[(٥)] **ولده من أمته**؛ لأنه مملوك [له][(٦)] فنفقته عليه بحكم الملك [كغيره من][(٧)] الأرقاء.

قال: **ولا يشتري من يعتق عليه**؛ لمافي ذلك من تضرره بوجوب الإنفاق عليه، ومنعه من التصرف فيه وفي ثمنه، وضابط التبرعات المردودة: كل ما يحسب من الثلث إذا تبرع به في مرض الموت، أما إذا دعت حاجته إلى الرهن، فيجوز أن يرهن [كما يرهن][(٨)] ولي اليتيم، صرح به الماوردي في كتاب الرهن، وقد ذكرناه في كتاب الحجر.

ولو أراد أن يرتهن بدين له نظر: فإن كان مستقرًّا جاز، وإن أراد أن يرتهن[(٩)] بدين مستحدث: فإن كان قرضًا كان كولي المحجور عليه على ما مضى، وإن كان بيعًا: فإن كان قد نُقِدَ لم يجز، وكان المبيع نفسه[(١٠)] مرهونًا، وإن كان نسيئةً فهل[(١١)] يجوز أن يبيعه نسيئة أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما: يجوز؛ فعلى هذا يكون كولي المحجور [عليه][(١٢)] في أخذ الرهن فيه.

---

(١) سقط في د.
(٢) في ب: يهيب.
(٣) سقط في د، س.
(٤) في د، س: هذا.
(٥) في ب: عن.
(٦) سقط في د، س.
(٧) في د، س: كسائر.
(٨) سقط في د.
(٩) في د، س: يرهن.
(١٠) في د، س: بنفسه.
(١١) في س: فهو.
(١٢) سقط في د، س.

والثاني: لا يجوز، كذا قاله الماوردي في الرهن[١].

وقال البندنيجي: ثم إن المذهب جواز البيع بثمن مؤجل. وحكى هاهنا عن الشافعي - رضي الله عنه - أنه لا يجوز البيع بدين، وإن كان الربح أضعاف الثمن، وسواء كان بالدين[٢] رهن أو ضمين أو لا، وكذلك حكاه الماوردي عن نصه في «الأم»، وأنه علله بأن الرهن يهلك، والحميل يهلك، والغريم يفلس.

قال البندنيحي: قال الأصحاب :بلى، يجوز أن يبيع ما يساوي مائة[٣] حالة بمائة وعشرين: [مائة][٤] حالة مقبوضة، وتبقى العشرون إلى مدة.

قال الروياني: وللمكاتب أن يشتري بمؤجل[٥] إذا كان المبيع يساوي ذلك مؤجلا.

وقال القاضي الحسين: إنما يجوز [بشرط أن يشتريه بما يساويه حالًّا، وإنه يجوز][٦] أن يبيع ما يساوي عشرة بعشرين إلى أجل، ويأخذ على ذلك رهنا، ويجوز أن يكون مقارضًا عن غيره. وله أن يبيع بشرط الخيار إذا قبض الثمن.

ويجوز أن يقر بالبيع والشراء والقرض ما دام مكاتبًا؛ لأنه قادر على الإنشاء، صرح به البندنيجي وغيره.

وإذا جنى جناية توجب المال فسيأتي الكلام فيها، وإذا اشترى وباع لا يجوز [له تسليم][٧] ما يبذله قبل [قبض مقابله][٨] إلا أن يكون في المجلس؛ لأن ذلك مما يعسر ضبطه.

قال في «البحر»: «ولهذا قال بعض أصحابنا: يصح منه السلم الحال ويتسلم المعوض في المجلس».

وحكى الإمام جواز السلم نسيئةً على وجه، ثم قال: «وهو هوس مع منع البيع نسيئة، وكنا نود لو وجدنا مذهبًا في جواز البيع نسيئة؛ لما قررناه فيه من الغبطة، كما يجوز لولي اليتيم، فإذا لم نجده وجب طرد الباب.

وما ودَّه هو [ما][٩] حكيناه عن الماوردي والبندنيجي من قبل.

---

(١) سقط في د.
(٢) في س: الدين.
(٣) في س: ماله.
(٤) سقط في د: وفي ب: والمائة.
(٥) في د، س: بموكل.
(٦) سقط في د.
(٧) في ب: أنه يسلم.
(٨) في د، س: القبض.
(٩) سقط في ب.

قال: وإن أذن له السيد في شيء من ذلك؛ ففيه قولان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن المكاتب ناقص الملك، والسيد لا يملك ما بيده؛ فلا يصح ذلك باجتماعهما؛ كالأخ إذا زوج أخته الصغيرة بإذنها، ولأن الله - تعالى - له في ذلك حق فلا يفوت، وإن رضي به السيد.

وهذا [ما رواه][(١)] الربيع في مسألة الهبة.

والثاني: يصح؛ لأن المنع كان لحقه، فزال بإذنه كالمرتهن إذا رضي بسقوط حقه. وهذا ما نص عليه في «الأم»، ورواه المزني في مسألة الهبة، وهو الأصح في جميع الصور.

وحكى الإمام عن الصيدلاني طريقة أخرى، فقال: إن قلنا: إن العبد لا يملك، فلا يصح شيء من تبرعات المكاتب وإن أذن له السيد، وإن قلنا: إن العبد يملك، فهل يصح بالإذن؟ فيه القولان، قال الإمام: وهذا ضعيف؛ فإن القولين في نفوذ تبرعاته بالإذن منصوصان في الجديد.

وهذه الطريقة تقتضي أن يكونا في القديم، ثم القولان جاريان؛ سواء قلنا: إن العبد يملك، أو لا.

وحكى الروياني عن أبي إسحاق الجزم بصحة شراء القريب بالإذن؛ لأنه حصل له في مقابلته شيء، وضعف بأن هذا لو كان مقصودًا لجاز بدون الإذن، ومحل الخلاف في الهبة إذا أذن[(٢)] فيها وفي القبض، والقولان جاريان فيما إذا وهب من سيده شيئًا وأقبضه.

وحكى الإمام عن شيخه والعراقيين طريقة أخرى جازمة، بأنها تصح قولًا واحدًا، كما لو عجل له النجم الأول[(٣)]؛ فإنه ينفذ ولا يعد ذلك تبرعًا، وإن كان

---

(١) في د، س: ما أورده. (٢) في س: كان.

(٣) قوله: والأصح في جميع التبرعات التي ذكرها الشيخ؛ كالهبة، والكتابة وغيرها: جواز فعلها بالإذن، ثم قال: والقولان جاريان فيما إذا وهب من سيده شيئًا وأقبضه.

وحكى الإمام عن شيخه، والعراقيين طريقة أخرى: بأنها تصح قولًا واحدًا؛ كما لو عجل له النجم الأول. انتهى كلامه.

وهو صريح في نفي الخلاف في تعجيل النجوم، وليس كذلك؛ ففيه خلاف حكاه الرافعي في المسألة الرابعة من الحكم الثاني.

=

فعل مثله مع الأجنبي معدودًا من التبرعات.

ثم إذا قبض[(١)] السيد الهبة: فإن كانت تقتضي الثواب، قال الماوردي: وجبت المكافأة فيها على السيد يدفعها إلى مكاتبه، أو يحتسب بها من مال كتابته. وإن قيل بسقوط الثواب فيها؛ رُوعي حال المكاتب: فإن أدى مال الكتابة[(٢)] من غيرها[(٣)] استقر ملك السيد على الهبة، وإن [عجز و][(٤)] كان في الهبة وفاءٌ بما عليه؛ ففي[(٥)] رجوع المكاتب بها - ليؤديها في كتابته، ويعتق بها وجهان، ووجه الرجوع: أن مال الكتابة مستحق للسيد في كتابته، فبأي وجه صار إليه استحق به العتق[(٦)]، والقولان جاريان عند[(٧)] بعضهم فيما [إذا][(٨)] أذن السيد في التكفير بالعتق، ومنهم من منع؛ لما فيه من ترتب الولاء، كما حكاه القاضي الحسين، وممن جزم بالمنع البندنيجي، مع أنه حكى القولين فيما إذا أعتق بإذن السيد عبدًا لا عن الكفارة.

وفي «الشامل» أن الشيخ أبا حامد قال: إذا أعتق عن سيده [أو عن غيره متبرعًا بإذن سيده][(٩)] كان فيه قولان، والصحيح: الصحة، وإذا أعتق عن نفسه بإذن سيده، فالصحيح من القولين عدم النفوذ؛ لأجل الولاء. والقولان جاريان فيما إذا أذن له في وطء أمته كما ذكرناه، وبناهما الماوردي على قوليه: أن العبد هل يملك إذا مُلِّك؟ ومقتضى هذا البناء: أن يكون الصحيح المنع، وعلى هذا إذا وطئها وأحبلها لا حد عليه ولا مهر، وسيأتي بقية الأحكام.

وإذا جوزنا شراء القريب بالإذن، فهل يجوز للمكاتب قبل عتقه بيعه؟ فيه وجهان:

اختيار الشيخ أبي إسحاق[(١٠)]: لا .

واختيار ابن أبي هريرة: نعم.

= وكلامه في الحكم الثالث في الفصل المعقود لتبرعات المكاتب - توهم ما وقع فيه المصنف. واعلم أن ما ذكره من تصحيح جواز الكتابة بالإذن ليس كذلك، بل الصحيح عند الأصحاب فيها المنع وأن حكمها حكم الإعتاق. [أ و].

(١) في ب: قبل.
(٢) في د، س: المكاتب.
(٣) في ب: غيره.
(٤) سقط في د.
(٥) في د، س: فهل ينفي.
(٦) في د، س: العين.
(٧) في د: فيما قال، وفي س: كما قال.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في د.
(١٠) زاد في د: واختيار ابن أبي إسحاق.

قال: وإن وصى له بمن[١] **يعتق عليه** - أي: عند حريته - **وله كسب يفي بنفقته- جاز أن يقبل**؛ لأنه يحصل له بذلك كمال ومنفعة من غير ضرر.

قال: **ويقف عتقه على عتقه؛ كولده من أمته؛ فلا يجوز له بيعه**، نص عليه في «الإملاء»، وبه قال أبو إسحاق، كما حكاه البندنيجي؛ لأن بيع الآباء ممنوع.

وقال ابن أبي هريرة: إنه يجوز؛ لأنه عبد قن فهو كالأخ والعم. وحكاه الإمام عن حكاية الشيخ أبي علي في «شرح الفروع»، وأنه [طرده][٢] في بيع الولد[٣]، ثم قال: ولم أر[٤] من حكاه إلا الشيخ، وأنه لا يجوز إلا عند إذنه؛ فإنه لو صح للزم قياسه تجويز بيع الولد الذي تأتي به جاريته منه، فإن طرده كان خارقًا للإجماع، وإن لم يطرده كان ناقضًا لمذهبه، ومقتضى تفريعه: أنه يجوز شراؤهما.

فرع: إذا صار القريب الذي تملكه[٥] بالوصية زمنًا أنفق عليه؛ لأنه من مصالح ماله، ولو كان زمنًا في الابتداء، لم يجز أن يقبل الوصية بغير إذن السيد، وبالإذن قولان، وحكى الماوردي وجهًا: أنه يجوز من غير إذن السيد؛ لاحتمال زوال المانع من الكسب.

ولا خلاف أن هذا القريب إذا جنى، ليس للسيد فداؤه كالشراء حرفًا بحرف[٦]، وله بيع جميعه في الجناية، أو بقدر ما يفي بأرشها.

قال: **وإن أحبل جاريته، فالولد مملوك يعتق بعتقه** أي: وإن كان الوطء بغير الإذن؛ لأنه ولد [بين][٧] مملوكين، والملك فيه لأبيه؛ لأنه ولد أمته وإنما عتق بعتقه؛ لما ذكرناه في باب العتق، وقد تقدم أنه لا يجوز له بيعه، ولا فرق [فيه][٨] بين أن يخشى العجز لو لم يبعه أو لا يخشى.

---

(١) في د، س: لمن. (٢) سقط في د، س. (٣) في د، س: الدار.
(٤) في ب: أرض. (٥) في د، س: ملكه.
(٦) قوله: ولا خلاف أن هذا القريب إذا جنى، ليس للسيد فداؤه كالشراء حرفا بحرف. انتهى كلامه.
واعلم أن الرافعي قد نقل عن الإمام أنه حكى عن العراقيين أن ولد المكاتب من جاريته إذا كان له كسب؛ جاز للمكاتب أن يفديه من كسبه، ثم خالفهم الإمام وصحح أنه لا يفدى، وعلله بما ذكره المصنف؛ وهو أن الفداء كالشراء، وشراء القريب ممتنع عليه، ولم يتعرض المصنف للكلام على فداء ولد الجارية؛ استغناءً عنه بما نقلناه عنه الآن، وهو فداؤه إذا ملكه بوصية أو هبة. [أ و].
(٧) سقط في د، س. (٨) سقط في د، س.

وعن الإصطخري: الجواز فيما إذا خشي العجز، والمذهب في «الحاوي» قبيل[1] باب الاستبراء: الأول.

ولو جنى جناية، تعلق الأرش برقبته، وجاز بيعه.

قال الإمام حاكيًا عن العراقيين: إنه يباع جميعه وإن كان [الثمن][2] زائدًا عن الجناية.

وحكى عن المراوزة: أنه لا يباع منه إلا بقدر أرش الجناية، وهذا ما حكاه في الزوائد عن النص في «الجامع الكبير».

وحكى عن الشيخ أبي حامد وجهين:

أحدهما: هذا.

والثاني: أن الأرش لا يتعلق برقبته ولا يباع؛ لأن الشرع قد منع من بيع الآباء والأبناء، وفي «الشامل»: أنا إنما نبيع الجميع[3] عند تعذر بيع البعض.

قال: **وفي الجارية قولان**[4]، قال أبو العباس: كما لو وطئ أمة الغير بشبهة، ثم ملكها، وسيأتي توجيههما.

وقال الشيخ أبو حامد: إن هذين القولين أصلان بأنفسهما، وليسا من غيرهما؛ لأنها علقت بمملوك في ملكه؛ [فلا تشابه][5] بينهما، ويجوز بيع هذه الجارية قبل العتق كما قاله في «البحر» في باب عتق أم الولد.

وحكى عن ابن أبي أحمد: أن أم الولد لا تباع إلا في ثلاث مسائل، هذه إحداها، والثانية: المرهونة، والثالثة: الجانية إذا أحبلها.

قال: **وإن أتت المكاتبة بولد من نكاح أو زنى ففيه قولان:**

أحدهما: أنه مملوك للمولى يتصرف فيه؛ أي: بالبيع[6] وغيره؛ لأن الكتابة عقد[7] يلحقه الفسخ مع بقاء الملك للسيد؛ فلا يثبت حكمه في الولد كالرهن.

والثاني: أنه موقوف على عتق الأم؛ لأن الولد يتبع الأم في سبب الحرية كما يتبعها في الحرية كولد أم الولد، ولأن الولد من كسبها فيقف على عتقها

---

(١) في ب: قبل. (٢) سقط في س. (٣) في د، س: الحمل.
(٤) زاد في التنبيه: أحدهما أنها تصير أم ولد لهن، والثاني: لا تصير.
(٥) في د، س: ولا تتشابه. (٦) في د: في البيع. (٧) في د، س: حق.

كمالها، وهذا هو الأصح.

وقال الشافعي - رضي الله عنه-: إنه أحب إليَّ.

وعلى هذا فروع:

منها: إذا قتل الولد، فإن كان القتل خطأ أو من حر، [ففي قيمته][١] قولان:

أحدهما: أنها لأمه[٢]؛ لأنه من كسبها، فكان [بدله لها][٣]؛ كما لو قتل عبدها.

والثاني: أنه للمولى، وهو الأصح؛ لأنه تابع لأمه، والأم لو قتلت كانت قيمتها للسيد؛ فكذلك قيمة الولد. وعلله أبو إسحاق بأن الولد لم يَجْرِ عليه عتق ولا هو ملك للأم، وإنما هو ملك لسيده، وإنما هو وقف على الحرية والرق، ولأن السيد لو أعتقه عتق، فلو كان كسبًا لأمه تستعين به في كتابتها[٤] لما جاز أن يعتقه [السيد][٥].

ولو كانت الجناية عمدًا توجب القصاص، فعلى الأول: لها القصاص، وهل لها العفو؟ إن قلنا: الواجب القصاص عينا، فنعم، وإن لم يأذن فيه السيد، وإن قلنا: الواجب أحد الأمرين، فلا يجوز بدون إذن السيد، وبإذنه قولان.

الثاني: لو كانت الجناية على الطرف فقولان:

أحدهما: أنه لأمه.

والثاني: أنه موقوف على عتقها.

الثالث: لو اكتسب مالًا فقولان منصوصان:

أحدهما: أنه لأمه.

والثاني: أنه موقوف.

وقيل: إنه [يكون][٦] للسيد؛ [بناءً][٧] على أن القيمة له، قال في «البحر»: وليس بشيء.

وقال أبو إسحاق: «إن قول الشافعي لا يختلف إذا كان الولد حيًّا: أن الأم

---

(١) في د، س: ففيه.
(٢) في د، س: من أمه.
(٣) في د، س: بدلها.
(٤) في د، س: كتابته.
(٥) سقط في د، س.
(٦) سقط في د، س.
(٧) سقط في د.

[لا][1] تأخذ ما في يده، [ويكون موقوفًا][2]، وزعم بعض أصحابنا أنه في حياته فيه قولان:

أحدهما: للأم.

والثاني: موقوف، ولا نص فيه للشافعي - رضي الله عنه - نعلمه.

الرابع: نفقة الولد إن كان كسوبا فمن كسبه، وإلا فهي متفرعة على الأقوال في كسبه لمن يكون؟ فإن قلنا: لأمه، فعليها، وإن قلنا: للسيد، فعليه، وإن قلنا: يكون موقوفًا، فوجهان:

أحدهما: على سيده؛ لأنه على ملكه.

والثاني: في بيت المال من سهم المصالح؛ لأنه محتاج إليه.

الخامس: إذا أشرفت المكاتبة على العجز، فإن لم يكن في سكب الولد وفاء بأداء مال الكتابة، وقلنا: إنه موقوف - لم[3] يدفع إليها، وإن كان فيه وفاء فقولان.

ولو أراد السيد عتقه، فإن قلنا: كسبه له، أو موقوف، والمكاتبة إذا أشرفت[4] على العجز لا تنتفع بكسبه - نفذ عتقه، وإن قلنا: كسبه للمكاتبة، أو قلنا: إنه موقوف، وإذا أشرفت على العجز يدفع[5] إليها - لم ينفذ؛ لأن فيه إضرارًا بها وتعطيلًا لكسبها، وهذه طريقة الماوردي والبندنيجي .

قال أبو إسحاق: يعتق الولد قولًا واحدًا، نص عليه في «الأم»، وقال بعض أصحابنا: لا ينفذ عتقه فيه إذا قلنا: ما في يد الولد للأم. وليس بشيء.

قال في «البحر»: وهذه [الطريقة][6] أصح، وكتابة السيد له كعتقه، وولد ولد المكاتبة حكمه حكم أمه.

قال: ولا يجوز للمولى بيع المكاتب في أصح القولين، وهو الجديد، وقد ذكرناه في البيع بفروعه، وبنى القاضي الحسين القولين على أن المغلب في الكتابة حكم الصفة أو المعاوضة؟ فإن قلنا بالثاني منعنا، وإن قلنا بالأول جوزنا.

والوصية بالرقبة مع صحة الكتابة، أطلق الأصحاب القول بفسادها، حتى لو

---

(١) سقط في ب.
(٢) سقط في د، س.
(٣) في ب: لا.
(٤) في ب: استوفت.
(٥) في د: فدفع.
(٦) سقط في د، س.

عجز [أو أدى][(١)] المال لم يسلم للموصي له شيء، وهذا تفريع على منع البيع، أما إذا جوزناه فالوصية أولى، صرح به القاضي الحسين، وقد تقدم فيما إذا أوصى بعبد إنسان أن الوصية تصح على رأيٍ، ومقتضى هذا: إذا عجز المكاتب قبل موت الموصي[(٢)] أن تصح الوصية، وتدفع للموصى له، ويجوز أن يقول: أو صيت له برقبة المكاتب إذا عجز كما حكاه البندنيجي وصاحب «البحر» عن «الأم»، وجزم القاضي الحسين بالمنع في هذه الصورة، وذكر البندنيجي والإمام الوجهين فيما[(٣)] لو قال: أوصيت بهذا العبد لفلان إن ملكته يومًا.

وحكى الإمام وجهًا ثالثًا: أن الوصية تصح في المكاتب، ولا تصح في [الوصية بعبد][(٤)] الغير إذا ملكه.

قال: **ولا بيعُ ما في ذمته** أي: من النجوم **في أصح القولين**؛ لنهيه ﷺ عن بيع الغرر[(٥)]، وذلك غرر، ولأنه غير مستقر؛ لقدرة العبد على إسقاطه، فإذا لم يجز بيع المسلم فيه مع لزومه فهذا أولى، ولأن مال الكتابة غير لازم؛ فلا يجوز أن يعقد عليه بيع لازم لتنافيهما.

والقول الثاني[(٦)] - قال أبو إسحاق: أومأ إليه في القديم-: أنه يجوز؛ لأنه يملك ما في ذمة المكاتب؛ فصار كسائر أمواله، وعلى هذا: فالفرق بينه وبين المسلم فيه: أن هذا ثمن، والمسلم فيه مبيع، والثمن يسامح فيه، بخلاف المبيع.

والجمهور لم يثبتوا هذا قولًا، وقالوا: لا نعرف له غير الأول، وإنما نص في القديم على جواز بيع الرقبة.

التفريع:

إن قلنا بالصحة، فإذا قبض المشتري النجوم عتق المكاتب، وكان الولاء[(٧)] للبائع جزمًا، وإن قلنا بمقابله فقبضها فهل يعتق المكاتب؟ قال في هذا الباب: إنه يعتق، وقال في باب آخر: إنه لا يعتق. فقال أبو العباس: فيه قولان:

---

(١) في د، س: وأدَّى.
(٢) في د، س: الوصي.
(٣) في د، س: كما.
(٤) في د، س: عبد.
(٥) تقدم.
(٦) في د، س: القديم.
(٧) في د: الولد.

أحدهما: أن ذمة العبد تبرأ ويعتق؛ لأن السيد سلطه على القبض، وأطلق الإذن للمكاتب بالدفع؛ فكان بمنزلة الوكيل. وهذا ما قال الماوردي: إنه مذهبنا.

والثاني: أنه لا يبرأ ولا يحصل العتق.

ولا فرق على هذا بين أن يصرح السيد للمكاتب بالدفع أو لم يصرح كما حكاه البندنيجي.

وقال أبو إسحاق: القول الأول محمول على ما إذا صرح بالإقباض، والثاني محمول على ما إذا لم يصرح.

ثم إذا عتق العبد بذلك وجب على المشتري ردًّا ما أخذ - إن كان باقيًا - على البائع، وبدله[١] إن كان تالفًا، فإن كان بدله[٢] من جنس الثمن، وقد أتلف البائع [الثمن][٣] - جاءت أقوال التقاص الآتية، وإن قلنا بعدم البراءة وجب عليه رده - إن كان باقيًا - على المكاتب، وبدله إن كان تالفًا، والبائع لا يطالب[٤] غير المكاتب بالنجوم.

وحكى القاضي الحسين القولين في حصول العتق بقبض النجوم عند بيعها فيما إذا باع رقبة المكاتب وقبض النجوم، وأفسد القول بحصول العتق في هذه الصورة بأنه ثم سلطه على قبضها.

فرع: إذا جوزنا بيع النجوم فالاعتياض عنها من طريق الأولى، وإن منعنا البيع فهل يجوز الاعتياض عنها؟ فيه وجهان في «تعليق» القاضي الحسين وغيره.

قال: ويجوز أن يوصى بما في ذمته؛ لأنه إذا جازت الوصية بما لا يملكه في الحال: كثمرة النخلة، وحمل الجارية [الذي سيحدث][٥] [فَلَأَنْ يجوز هنا والملك ثابت له من طريق الأولى.

[قال][٦]: **فإن عجز المكاتب عن أداء المال إلى الموصى له كان للورثة فسخ الكتابة**؛ لأن حقهم متعلق بالعين، وحق الموصى له متعلق بالذمة][٧]، فكان

---

(١) في ب: وبذله.
(٢) في ب: بذله.
(٣) سقط في د، س.
(٤) في د، س: يطلب.
(٥) في ب، د: التي ستحدث، وفي س: التي سيحدث. ولعل الصواب المثبت.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في د.

حقهم آكد.

قال في «الأم»: وهكذا الحكم فيما لو أوصى برقبة المكاتب لشخص إذا عجز عن أداء النجوم، وبالنجوم لآخر - كان للموصى [له][١] بالرقبة عند العجز الفسخ، وليس للموصى له بالنجوم[٢] المنع.

قال الإمام: والمتعاطي لتعجيزه في هذه الحالة الحاكم إذا [تحققت الواقعة عنده][٣].

وقال ابن الصباغ: في هذا نظر؛ لأن الحق للموصى له؛ بدليل أنه إذا أبرأه عتق، ولا حق لصاحب الرقبة فيه؛ [فكيف يقدر بتعذره][٤] على الفسخ؟!

وفي «التهذيب» وجه: أنه لا يصح إبراء الموصى له، وهو من تخريج القاضي الحسين.

فرع: إذا دفع بعض النجوم، ثم عجز عن الباقي - كان للورثة تعجيزه، وما قبضه الموصى له يسلم له. قاله الماوردي وغيره.

قال: وإن كاتب[٥] **أمة لم يملك تزويجها إلا بإذنها** ؛ لما ستقف عليه في كتاب النكاح، **ولا يجوز له وطؤها**، لأن الوطء إنما يستباح في زوجيَّة[٦] أو ملك تام، وليس هاهنا واحد منهما، ولأنه عقد عليها عقدًا لا يعود إليه بسببه أرش الجناية عليها؛ فلم يكن له بعد ذلك وطؤها كما لو باعها .

قال: فإن وطئها ، لزمه المهر أي: للمكاتبة؛ لأنه وطء، لا حد فيه؛ لشبهة الملك، فوجب به المهر لمستحق المنافع وهو المكاتبة، كما لو وطئ الموصى له بالرقبة دون منفعتها[٧] الجارية [المذكورة][٨].

ولا فرق في ذلك بين [أن تكون][٩] مكرهة أو مطاوعة. [نعم، إن كانت مكرهة لا تعزير عليها، ويجب عليه إن كان عالمًا بالتحريم، ويجب عليها إن كانت مطاوعة][١٠] وعَلِما.

---

(١) سقط في د، س.
(٢) في ب: بالمنفعة.
(٣) في د، س: علم الواقعة.
(٤) في ب: وقال ابن الصباغ: يتعذر.
(٥) في ب: كانت.
(٦) في ب: زوجة.
(٧) في د، س: المنفعة.
(٨) سقط في د، س.
(٩) في د، س: إن كانت.
(١٠) سقط في د، س.

ومن الأصحاب من خرج قولا في حالة الطواعية: أن المهر يسقط، وهو الذي صححه صاحب «المنهاج»، وهو مخالف لنص الشافعي - رضي الله عنه-: في «الأم»، كما حكاه ابن الصباغ.

والطواعية مع الشبهة لا تقدح في وجوب المهر؛ كما في النكاح الفاسد، وهذا ما صححه المعظم.

وبنى الماوردي الخلاف على أن المرتهن إذا وطئ المرهونة بإذن الراهن، هل يجب عليه مهر؟ وفيه قولان، وقال القاضي الحسين: إن قلنا هناك: يجب، فهاهنا [أولى، وإن قلنا هناك: لا يجب](١)، فهاهنا قولان؛ بناءً على تبرعات المكاتب.

وقال القاضي: إن قول المنع لا يعرف للشافعي - رضي الله عنه - في شيءٍ من كتبه، والقائل به خرجه من قول الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»: إن أكرهها فلا مهر لها؛ فدل على [أنه إذا وطئها مطاوعة](٢) لا مهر لها.

وفرق بينها وبين المنكوحة نكاحًا فاسدًا بأنها لم تمكن إلا على أن لها مهرًا، وهذه مكنت غير طامعة في مهر:

ثم على الصحيح: لا يجب لها إذا تكرر الوطء [منه](٣) سوى مهر واحد، نص عليه في «الأم». نعم، لو دفعه إليها، ثم طرأ [بعده](٤) وطء آخر وجب، وستقف على ما ذكرته(٥) في شيء يتعلق بذلك في كتاب الصداق.

ثم إذا وجب المهر، فإن كان من جنس النجوم(٦) جرت أقوال التقاص.

قال: وإن أحبلها صارت أم ولد له؛ لأنها مملوكة علقت بولد حر من مالكها، والاستيلاد فيها لا يبطل حق أحد؛ فكانت أم ولد له كما لو لم تكن مكاتبة.

واحترزنا بما ذكرناه عن وطء الجارية المرهونة والجانية بدون إذن المرتهن والمجني عليه؛ حيث لا تكون أم ولد على قولٍ.

ولا يجب عليه في هذه الحالة قيمة الولد إلا على قولنا: إن ولدها موقوف عتقه على عتقها، وإنه إذا قتل لا تكون قيمته للسيد.

---

(١) سقط في د.
(٢) في د، س: أنها إذا طاوعت.
(٣) سقط في د، س.
(٤) سقط في د، س.
(٥) في د، س: ذُكِر.
(٦) في د: الصوم.

قال: فإن أدت[1] **المال عتقت، وصحبها كسبها**؛ لأنها عتقت بحكم الكتابة.

وإن مات السيد قبل أن تؤدى عتقت بالاستيلاد، وعاد الكسب إلى السيد»؛ لأنها عتقت [بحكم الاستيلاد][2].

وجزم البندنيجي وابن الصباغ والروياني بأن السيد إذا مات عتقت، وكانت الأكساب لها، وتبعها الولد؛ كما لو أعتقها في حياته، وكذا جزم به في «التهذيب» بعد أن حكى وجهين عن الأصحاب في أنها في هذه الحالة عتقت عن الاستيلاد أو عن الكتابة؟ وصحح الثاني.

وقال القاضي الحسين: إنا إذا قلنا بعتقها عن الاستيلاد عاد الكسب للورثة - كما حكاه الشيخ - وبنى على الوجهين في أنها عتقت عن الكتابة أو عن الاستيلاد.

أما إذا علق عتق عبده بدخول الدار، ثم كاتبه، ثم دخل الدار - عتق.

ثم إذا قلنا بمذهب القفال، وهو أن المكاتبة إنما[3] عتقت عند موت السيد بالكتابة، فهاهنا يعتق[4] العبد عن الكتابة.

وإن قلنا: إن المكاتبة عتقت بالاستيلاد، إما لكونه حصل العتق بسببه، أو لكونه متقدمًا - كما راعاه بعضهم - فهاهنا لا يقع العتق عن[5] الكتابة؛ لأن من أوقعه ثم عن الاستيلاد نظر إلى كونه السبب، فهاهنا السبب التعليق، ومن [أوقعه ثم عن الاستيلاد][6]؛ لكونه متقدمًا فالتعليق هنا متقدم [عليها][7]، وجزم بأنه إذا كاتبه ثم علق عتقه بدخوله الدار، فدخل - أنه يقع العتق عن الكتابة؛ كما لو نجز عتقه أو أبرأه.

فرع: لو أتت هذه المكاتبة بولد بعد الاستيلاد من نكاح أو زنًى فهو ولد أم ولد وولد مكابتة، فيتبعها [في][8] الاستيلاد قولًا واحدًا، وهل يتبعها في العتق بالكتابة؟ فيه قولان، فإن قلنا: لا يتبعها، فلا يعتق إذا أدت مال الكتابة، ويعتق بموت السيد.

آخر: إذا وطئ السيد أمة[9] المكاتبة وجب عليه المهر جزمًا، وصارت الجارية

---

(١) في د، س: أُدِّي.
(٢) في د، س: بالاستيلاء.
(٣) في د: إذا.
(٤) في د: عتق، وفي س: كذا.
(٥) في ب: على.
(٦) في د، س: نظر.
(٧) سقط في د، س.
(٨) سقط في د.
(٩) في د، س: أمته.

أم ولد له، ووجب عليه قيمة الجارية للمكاتبة قال في «البحر»: ولا يجب عليه قيمة الولد؛ لأنه قد ملك الأم بالتقويم، فإذا أتت بولد بعدما صارت أم ولد لم تلزمه قيمته.

قال: **وإن حبس السيد المكاتب مدة، لزمه أجرة المثل في أصح**[١] **القولين**؛ لأن المنافع تضمن بالأجرة لا بالمثل، **وتخليته**[٢] **مثل تلك المدة في القول الآخر**»؛ لأنه دخل معه في العقد على أن يمكنه من التصرف في مدة فلزمه الوفاء بها.

والقولان جاريان فيما لو باعه السيد، وقلنا: لا يصح بيعه، واستولى عليه المشترى، [أو غصبه][٣] واستخدمه حتى مضت مدة، كما حكاه البندنيجي والطبري عند الكلام في منع بيع المكاتب.

وكذا هما جاريان فيما إذا حبسه سلطان، أو ظالم، أو مرض، أو سبى.

وحكى الإمام عن العراقيين: أنا إذا قلنا عند حبس السيد له: يمهل، فلو حبسه غاصب، فهل يمهل على هذا القول؟ فيه وجهان.

وقد حكى البندنيجي في موضع آخر فيما إذا سبى المكاتب طريقين:

أحدهما: جريان الخلاف.

والثاني: القطع بالقول الثاني؛ إذ لا تقصير[٤].

وحكى القاضي الحسين أن السيد إذا قهر المكاتب مدة، ثم ظفر المكاتب بالحاكم ورفع إليه القضية[٥] - كان للحاكم أن يوجب على السيد أجرة المثل:

---

(١) في التنبيه: أحد. (٢) في ب: ويجلسه. (٣) في د، س: وغضبه.

(٤) قوله: وإن حبس السيد المكاتب مدة؛ لزمه أجرة المثل في أصح القولين؛ لأن المنافع تضمن بالأجرة لا بالمثل، ويحبسه مثل تلك المدة في القول الآخر، ثم قال: والقولان جاريان فيما إذا حبسه سلطان أو ظالم أو مرض أو سبيٌ.
وحكى البندنيجي في موضع آخر فيما إذا سبي المكاتب - طريقين:
أحدهما: جريان الخلاف. والثاني: القطع بالقول الثاني؛ إذ لا تقصير. انتهى كلامه.
وما ذكره في آخره من القطع بالثاني سهو، وصوابه القطع بالأول. وتعليله يدل عليه، وهكذا حكى الرافعي هذه الطريقة، وصححها على خلاف ما صححه المصنف، وجزم أيضًا - أعني: الرافعي- بأن الأجرة لا بد منها، وحكى القولين مع ذلك في الأم، قال: على خلاف ما يقتضيه لفظ المصنف. [أ و].

(٥) في ب: القصة.

فإن كان فيها وفاء بعتقه[١] عتق، وإن لم يكن فيها وفاء فما حكمه؟ فيه قولان:

أحدهما: للسيد أن يعجزه.

والثاني: يضرب له مدة بقدر ما كان في يده. ثم قال: وهذا قول غريب. ثم شبه الخلاف بالخلاف المذكور فيما إذا اشترى شيئا بشرط الخيار الثلاث، ثم مات قبل انقضائها، ولم يطلع الوارث على ذلك حتى انقضت: هل يضرب له قدر تلك المدة أم لا؟

[ثم][٢] إذا قلنا: يضرب للعبد مدة، فالأجرة في هذه الحالة إذا كان الحبس من أجنبي تكون للسيد .

قال: وإن جنى عليه [أي][٣]: بأن قطع طرفه مثلا لزمه أرش الجناية؛ لأنه معه كالأجنبي، لكن هل يلزمه الأرش في الحال أو بعد الاندمال؟ فيه قولان في «الشامل» يأتي مثلهما في الكتاب - إن شاء الله تعالى - فإن قلنا: يجب في الحال، فإن كان من جنس النجوم ومال الكتابة حالٌّ جرت أقوال التقاصّ، ثم إن اندملت الجراحة [فلا كلام، وإن سرت إلى النفس فقد صار الجرح قتلًا، فإن كان الموت قبل أداء النجوم][٤] انفسخت الكتابة؛ لأن السيد لو قتله لانفسخت [الكتابة][٥]؛ فكذلك هنا، وإن كان بعد أداء النجوم وعتقه لزم السيد كمال الدية: فإن كان [له][٦] وارث سلمت له[٧]، وإلاَّ فهي لبيت المال، ولا يرثه السيد؛ لأنه قاتل، بخلاف ما إذا كان الموت قبل العتق؛ فإن عود المال إلى السيد ليس بطريق الإرث، وإن كان لا يجب [الأداء في][٨] الحال، فإن اندملت الجراحة وجب الأرش، وإن سرت بعد العتق وجبت الدية، وإن سرت قبل العتق انفسخت الكتابة.

فإن قيل: الرقبة ملك السيد، فإذا جنى عليها فقد جنى على ملكه؛ فوجب ألاَّ يجب [عليه][٩] الأرش.

قيل: وجب؛ لأن ذلك عوض ما تعطل من منافعه بقطع يده، ولأن السيد يأخذ

---

(١) في د، س: عتق.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د، س.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د، س.
(٦) سقط في د، س.
(٧) في د، س: إليه.
(٨) في د، س: إلا.
(٩) سقط في د، س.

مال الكتابة بدلًا من نفس المكاتب؛ فلا يجوز أن يجمع له [بين البدل والمبدل.

فرع: إذا جنى أجنبي على المكاتب جناية خطأ كان][1] الأرش له دون السيد، وإن كانت توجب القصاص كان للمكاتب أن يقتص على الصحيح من المذهب.

وحكي عن الربيع: أنَّه خرج قولًا: أن للسيد منعه [؛ لأنه ربما عجز فعاد إلى السيد ناقصًا.

قال أبو إسحاق: وهذا لا يعرف للشافعي - رضي الله عنه - وإنما خرّجه من عنده، وليس بصحيح؛ لأن القصاص حق المكاتب؛ فلا يجوز للسيد منعه][2]، وإن جاز أن يتعلق به حق كما لو جنى على عبد المفلس؛ فإن له أن يقتص من غير إذن الغرماء.

قال: **وإن جنى المكاتب عليه جناية خطأ فدى نفسه**؛ لأنه يتعلق بمصلحته، فكان له ذلك كما يبذله في طعامه وشرابه.

قال: **بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية في أحد القولين**؛ لأن الأرش إن كان أقلّ فقد أخذ تمام حقه، وإن كانت القيمة أقل فهو في هذا المقام كالقِن، والقن إذا جنى كانت جنايته معلقة[3] برقبته؛ فإذا منع [من][4] بيعها بسبب عقد الكتابة لم يلزمه أكثر من قيمتها، **وبأرش الجناية بالغًا ما بلغ في [القول][5] الآخر**؛ لأن حق السيد يتعلق بذمته؛ لامتناع تعلقه بالرقبة لكونها ملكه، وإذا كان في الذمة وجب وفاء جميعه مما في يده كدين المعاملة، وليس للسيد في هذه الحالة أن يمتنع من قبول الفداء إذا كان الأرش زائدًا على قيمته، كما حكاه الشيخ أبو حامد، وهو ظاهر كلام الشيخ، وتوجيهه ما ذكرناه.

وقال القاضي أبو الطيب: إن ذلك ينبني على القولين فيما إذا وهب لسيده شيئًا هل تصح الهبة أم لا؟ فإن قلنا: لا تصح، لم يكن له أن يفدي نفسه بما زاد على القيمة، وللسيد الامتناع من قبض الزائد، واختار ابن الصباغ الأول؛ لعدم إمكان فداء نفسه إلا ببذل ذلك.

قال في «الإبانة»: ولو لم يَفدِ نفسه حتى عتق كان للسيد أن يبيعه بأرش

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في د، س: متعلقة.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.

الجناية بالغًا ما بلغ، ولا يقتصر على قدر قيمته؛ لأنه[١] وجب له في ذمته دون رقبته فأشبه مال المداينة.

قال: **وإن لم يفْدِ نفسه كان للمولى أن يعجزه**، أي، ويفسخ الكتابة دفعًا للضرر عنه، وهكذا الحكم فيما لو كانت الجناية عمدًا، وعفا السيد على مالٍ، أمَّا إذا لم يعف وأراد القصاص فله ذلك، وكذا للورثة[٢] إن كانت الجناية على النفس خطأً أو عمدًا، فإذا استوفاه بطلت الكتابة. وجزم في «الإبانة» بأن السيد ليس له أن يعجزه لأجل الجناية؛ فإنه لو عجزه لسقط أرشها؛ إذ يصير عبدًا قنًّا، والسيد لا يثبت له على عبده شيء، وهذا ما جعله القاضي الحسين المذهب، وحكى عن العراقيين: أن للسيد أن يعجزه حتى يصير قِنًّا، وتنفسخ الكتابة، وأنَ نَصَّ الشافعي - رضي الله عنه - يدلُّ عليه، وحكم الوارث في ذلك حكم الموروث إذا قلنا: إن الديّة تثبت لهم ابتداءً، وإن قلنا: ثبتت تلقيًا، فقد حكى القاضي على قول المراوزة فيه وجهين.

فرع: إذا كان مع[٣] المكاتب ما يوفي به الأرش، ونجوم الكتابة أدَّى [ذلك][٤] وعتق، وإن لم يكن معه ما يفي بأحدهما فلا يخفى حكمه: أن للمولى تعجيزه، لكن التعجيز يكون بالنجوم دون الأرش، صرح به في «الإبانة» وقال: إنَّه إذا عجز[٥] ثم عتق هل يتبعه بالأرش؟ فيه وجهان، ويظهر أن وجه التتبع لا يجيء فيما إذا عجزه لأجل امتناعه عن[٦] غرامة الأرش مع قدرته عليه؛ لأن العجز ثَمَّ كان لأجله، وإن كان معه ما يفي بأحدهما فللسيد أن يقول: لا أقبضه إلا عن الأرش دون النجم، ثم أعجزه، فإن أخذه عن آخر النجوم عتق وبقي الأرش في ذمته، وليس للسيد تعجيزه به، ولو أخذ السيد المال مطلقًا، واختلفا في أن المقبوض عن مَّاذا - فالقول قول المكاتب في تعيينه كما في سائر المواضع، ذكره القفال.

وقيل: يحتمل أن يكون القول قول السيد؛ قاله بعض الخراسانيين[٧].

---

(١) في ب: إليه. (٢) في د: الورثة. (٣) في د، س: على.
(٤) سقط في د. (٥) في د: عجزه. (٦) في س: من.
(٧) قوله: فلو أخذ السيد المال مطلقًا، واختلفا في أن المقبوض عن النجوم أو عن الأرش، فالقول قول المكاتب في تعيينه، كما في سائر المواضع. ذكره القفال.

=

قال: **وإن جنى على أجنبي - فدى نفسه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية**؛ لأنه منع نفسه من البيع بالكتابة، فلزمه أقل الأمرين؛ كما أن السيد لما أن منع [من بيع][(١)] أم الولد بالاستيلاد ضمن جنايتها بأقل الأمرين، وظاهر كلام الشيخ أن القول الآخر في المسألة السابقة لا يأتي كما صرح به البندنيجي، [وكذا][(٢)] صاحب «البحر» حيث قالا: فدى نفسه بأقل الأمرين قولًا واحدًا: [وكان الفرق ما ذكرناه من علة القول الثاني في المسألة السابقة[(٣)]، بخلاف الأجنبي][(٤)]؛ فإن الموجود في حقه إنما هو منع البيع، ومنع البيع لا يمنع من تعلق الحق بالرقبة، وتكون فائدته[(٥)] تغريم البائع قيمتها إذا كانت قدر أرشه أو دونه كما في أم الولد، لكن الروياني وغيره عللوا جريان قول الفداء عند جنايته على الأجنبي بأن المكاتب في التقدير يبتاع نفسه فلا يجوز بأكثر مما تساوي، ويفارق[(٦)] هذا إذا كانت الجناية على السيد؛ حيث أجزنا له أن يفدي نفسه بأرش [الجناية][(٧)] إذا كان زائدًا على القيمة على قول؛ لأن الزيادة تكون هبة[(٨)] من السيد، وهو يملك ذلك بموافقته، وهاهنا تكون هبة من الأجنبي، ولا يملك ذلك إلا بإذن السيد، فإن أذن [له][(٩)] جاز. وكلام البندنيجي في الفرق بمعناه[(١٠)]، وهذا يقتضي التسوية بين المسألتين؛ لأن قبول السيد الهبة قد ذكرنا أنه بمنزلة إذنه في الهبة من غيره، وهو ما حكاه ابن الصباغ حيث قال: إن القولين السابقين في المسألة قبلها يجريان في هذه المسألة، وإن الأرش إن كان زائدًا على القيمة: فإن دفعه السيد من ماله فذاك، وإن أذن في دفعه من مال المكاتب خرج على القولين في تبرعاته. وسكت عما عداه. ويظهر أن يقال بعد ذلك: إن جوزناه[(١١)] فلا إشكال، وإن لم نجوزه فيكون كما لو امتنع المكاتب من الفداء.

= وقيل: يحتمل أن يكون القول قول السيد، قاله بعض الخراسانيين. انتهى كلامه.
وهو يقتضي أنه إن لم يظفر بمن يقول بالرجوع إلى السيد فأبداه احتمالًا عن مجهول، وهو غريب، فقد حكى الرافعي عن الصيدلاني ذلك حتى إنه لم يصحح شيئًا، وصحح في الروضة من زوائده قول القفال. [أ و].

(١) سقط في د.
(٢) سقط في س، د.
(٣) في س: الأولى.
(٤) سقط في د.
(٥) في س: فائدة.
(٦) في ب: وتقارب.
(٧) سقط في د.
(٨) في س: عنه.
(٩) سقط في س، د.
(١٠) في ب: معناه.
(١١) في د، س: جوزنا.

قال: فإن لم يفد نفسه، بيع في الجناية أي: إن كانت قيمته بقدر أرشها [أو أنقص][(١)]، وانفسخت الكتابة؛ لأن الكتابة تمنع البيع لحق المالك، وتقبل الفسخ؛ فجاز الفسخ[(٢)] بالبيع لأجل [حق][(٣)] المجني عليه عند تعينه طريقًا لوفاء حقه؛ كعقد[(٤)] الرهن .

ثم كلام الشيخ يفهم أنَّه لا حاجة إلى التعجيز، بل يتبين بالبيع انفساخ الكتابة قبله كما نقول في بيع الرهن في أرش الجناية: لا يحتاج إلى فك الرهن.

وقال القاضي الحسين: للسيد أن يعجزه ويباع في الجناية، أو يفديه. وهذا لا ينافي ما ذكرناه، ثم إذا بعنا بعضه وعتق[(٥)] ما بقي منه بالأداء فهل يسري على السيد إذا كان موسرًا؟ فيه وجهان.

وقال في «البحر» قبيل[(٦)] باب كتابة بعض عبد [:إنّه][(٧)] لا يسري قولًا واحدًا.

فرع: لو أعتق السيد المكاتب قبل أداء الأرش والنجوم، وله مال[(٨)] يفي بذلك هل يستحق [عليه][(٩)] الأرش؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كما لو لم يكن للمكاتب مال؛ فإن الأرش يسقط.

والثاني: له أن يستوفيه من المال الذي في يده؛ كما له ذلك قبل العتق، قاله البندنيجي.

فرع: إذا جنى المكاتب جنايات، ثم أدّى مال الكتابة وعتق، فبكم يفدي نفسه؟ فيه قولان:

أحدهما: يفديها بالنسبة إلى كل مجني عليه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية؛ لأن كل جناية اقتضت ذلك، وقد منع منها بأدائه وعتقه؛ فضمن ذلك كما لو انفردت.

والثاني- وهو الأصح في «الشامل»، و اختاره المزني-: أنه يفديها بالنسبة إلى الجميع بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جميع الجنايات؛ لأن الجنايات متعلقة بالرقبة، فإذا أتلفها لم يضمن إلا الرقبة؛ كما لو كانت الجناية واحدة، فعلى هذا نَقْص القيمة على قدر الجنايات.

---

(١) في ب: إذا نقص.
(٢) في ب: فسخه.
(٣) سقط في س، د.
(٤) في س: كعبد.
(٥) في د: بعتق.
(٦) في ب: قبل.
(٧) سقط في د.
(٨) في س: ما.
(٩) سقط في د، س.

ولو لم يعتق والحالة هذه فبكم [يفدي نفسه؟][1] قال الشيخ أبو حامد حكاية عن النص: إنه يفديها بما ذكره صاحب القول الأول في المسألة قبلها.

وحكى القاضي أبو الطيب عن أبي إسحاق أنَّه قال: لا يعرف للشافعي - رضي الله عنه - إلا أنه قال: «يفدي نفسه بأقل الأمرين»، ثم قال أبو إسحاق: والأشبه عندي أن يكون في ذلك[2] القولان كما [ذكرناه][3] في المسألة السابقة؛ لأنه منع نفسه من البيع بعدم العجز، كما منع من العتق.

ومن أصحابنا من قال: يتعين هنا ما حكاه أبو حامد.

والفرق: أن الرقبة باقية، وفي الصورة السابقة قد تلفت بالعتق؛ فوجبت قيمتها.

قال ابن الصباغ: وهذا الفرق يبطل بما إذا عجَّزه، وفسخ الكتابة، واختار السيد الفداء؛ فإنه مانع من البيع مع قيام الرقبة، ومع هذا لا يضمن لكل منهم إلا أقل الأمرين.

فرع: لو أعتق السيد المكاتب إمَّا بالإبراء عن نجوم الكتابة، أو بصريح العتق، وقد جنى جنايات - قال الفوراني: فهو كما لو اختار الفداء، لكن فيما يلزمه في هذه الحالة طريقان:

أحدهما: لا يلزمه إلا الأقل[4] من قيمته مرة واحدة وأرش جميع الجنايات؛ إذ لا سبيل إلى تسليمه للبيع، فهو كمما لو قتل العبد الجاني.

والثاني: أن فيه قولين كما في اختياره الفداء، [وهذا ما حكاه البندنيجي][5].

وهكذا لو كانت الجناية من أبي المكاتب، ثم أبرأ السيد المكاتب أو أعتقه؛ فإن أباه يعتق بعتقه، وفيما يلزم السيد الخلاف، ولا نزاع في أن المكاتب إذا عتق بأداء النجوم لا يلزم السيد الفداء؛ لأنه مقهور [على القبض][6] شرعًا.

فرع: إذا أقرّ المكاتب بجناية الخطأ قبلت على الأصح في «الإبانة»، وفيه وجه: أنَّه لا تقبل. فعلى الأول: إذا رقَّ، وكان قد قال: إن أرش الجناية أَلْف، فقال السيد: بل خمسمائة - فقولان فيمن القول قوله.

---

(١) في س، د: يؤدي هذه الجنايات.
(٢) في س، د: المسألة.
(٣) سقط في ب.
(٤) في س، د: أقل.
(٥) سقط في د.
(٦) في س، د: بالقبض.

قال: وإن كاتب على عوض محرم أو شرط فاسد، فسدت الكتابة، وبقيت الصفة.

صُورَةُ المسألة الأولى: أن يقول: كاتبتك على خمرٍ، أو خنزير، أو ميتةٍ، أو على هذا الحر، فإذا أدّيت فأنت حرٌّ.

وصورة الثانية أن يقول: كاتبتك على عشرين دينارًا -مثلًا- تؤدى في رأس هذا الشهر نصفها، وفي رأس الشهر الذي يليه النصف الآخر، بشرط أن يثبت لي الخيار في الفسخ، أو: بشرط أنَّك إذا أدّيت النجوم يتأخر عتقك.

وإنما[(١)] فسدت الكتابة، وهي[(٢)] قوله: كاتبتك على كذا[(٣)]، وبقيت الصفة وهي قوله: فإذا أدّيت فأنت حرٌّ؛ لأنَّ هذا عقد اشتمل[(٤)] على معنى[(٥)] المعاوضة ومعنى تعليق العتق بالصفة، والمعاوضة ينافيها ما ذكرناه؛ فبطلت، والصفة لا ينافيها فبقيت.

والمكاتب يملك بهذا العقد أكسابه، قال البندنيجي: وليس على أصلنا: يملك بعقد فاسد كما يملك بالصحيح إلّا هذا.

قال: وللسيد فسخها؛ لأنه لم يرض بالصفة إلا ليسلّم له العوض، [ولم يسلم له][(٦)]؛ فكان له الفسخ دفعًا للضرر.

ويجوز فسخ هذه الصفة بالفعل كالبيع وغيره، وبالقول مثل أن يقول: أبطلت كتابة عبدي، أو: فسختها، ونحو ذلك؛ لأنها تثبُت في ضمن عقد، فغلب حكمه[(٧)] عليها، بخلاف الصفة المجردة؛ حيث لم يجز الرجوع فيها بالقول، ولا يفتقر هذا الفسخ إلى الحاكم، والأولى أن يشهد عليه.

فرع: إذا وقع عقد الكتابة في الشرك على خمرٍ أو خنزيرٍ، فقبض[(٨)] بعضه، ثم أسلما - وقع العتق بقبض الباقي[(٩)]، ورجع السيد عليه بجميع قيمته، بخلاف نظير المسألة في الصداق[(١٠)]، والفرق بينهما مذكور ثَمَّ.

---

(١) في س، د: وإذا.
(٢) في ب: وهو.
(٣) في ب: هذا.
(٤) في د، س: يشتمل.
(٥) في د، س: عقد.
(٦) في د، س: وما سلم.
(٧) في د: حمله.
(٨) في ب: بقبض.
(٩) في ب: الثاني.
(١٠) في ب: الطلاق.

ولو كان العقد قد جرى على خمرٍ وعلى نقدٍ، فقبض الخمر جميعه في الشرك - فوجهان:

أحدهما: [أنَّه][1] إذا قبض النقد حصل العتق، ولا تَرَادَّ، ويجعل المقبوض في الشرك كأنّه لم يذكر[2].

والثاني: يحكم بالفساد؛ فإذا أدّى النقد عتق وترادَّا، حكاه الماوردي.

فرع: لو قال للمكاتب كتابة صحيحة: إن أعطيتني دينارًا فأنت حرٌّ، فأعطاه دينارًا - عتق بدفعه، ويغلب حكم الكتابة فيه، ويصير العتق فيها على عوضٍ فاسدٍ؛ فيلزم المكاتب قيمته، ويرجع بما أدّاه من قبل مع الدينار الذي عتق به.

قال: **فإن دفع المال قبل الفسخ إلى الوكيل أو الوارث لم يعتق**؛ لأن العتق في هذه الكتابة إنما يحصل بالصفة، ولم توجد، بخلاف الكتابة الصحيحة؛ فإن المغلب فيها حكم المعاوضة.

ولأن في مسألة الوارث الصفة المجردة تبطل بالموت مع قوتها، فهذه مع ضعفها من طريق الأولى.

قال: **وإن دفعه إلى المالك** أي: في محله، **عتق**؛ لوجود الصفة، ويتبعه ما فضل من[3] كسبه؛ لأن للفاسد حكم الصحيح، وصحيح هذا [العقد][4] يتبع الأكساب؛ فكذلك فاسده، وإن كانت جارية تبعها ولدها؛ إذا قلنا: إنه في الصحيحة يتبعها، وهذا ما جزم به العراقيون.

وقيل: إن هذه الكتابة لا تستتبع فاضل الأولاد والأكساب، أمَّا إذا دفع النجوم قبل محلها، فهل يعتق؟ فيه وجهان:

أصحهما: المنع؛ لأنَّ الصفة لم توجد.

قال: **ويرجع**[5] **إلى المولي عليه بالقيمة**؛ لأنه أزال ملكه عنه بعوض، ولم يسلم له، وقد تعذر الرجوع إلى ملكه؛ فرجع إلى بدله وهو القيمة، كما في البيع الفاسد، وتعتبر القيمة وقت وجود الصفة؛ لأنها حالة الإتلاف.

قال: **ويرجع هو على المولى بما دفع**؛ لأنه دفعه عما عليه؛ فثبت له الرجوع،

---

(١) سقط في د، س.
(٢) في د: يذكره.
(٣) في س، د: عن.
(٤) سقط في د، س.
(٥) في التنبيه: ورجع إلى.

وبه قال القاضي الحسين وغيره.

وهذا [العقد][(١)] يوافق الكتابة الصحيحة في أربعة أشياء، ويخالفها في عشرة أشياء، ويوافق تعليق العتق بالصفة في ثلاثة أشياء، ويخالفه في أربعة أشياء:

أمَّا موافقته للكتابة الصحيحة:

ففي العتق بالأداء.

وفي استتباع الكسب والولد على المذهب في «تعليق» القاضي الحسين، وبه جزم الإمام وقال: لم أر أحدًا من الأصحاب [تشبث بمنع][(٢)] ذلك، وكلام القاضي الحسين - كما ذكرت لك - متشبث[(٣)] به.

وفيما لو وطئت بشبهة و[(٤)] جنى عليها، فلها المهر والأرش؛ لأنَّ ذلك من الكسب.

وفي وجوب نفقته على نفسه، كما صرح به الإمام وغيره.

وفي عدم انفساخها بجنون المكاتب عند العراقيين، وكذا عند المراوزة على الأصح.

وحكى القاضي الحسين وجهًا: أنها تنفسخ بجنونه؛ لجوازها كالوكالة والمضاربة.

وأما مخالفته الصحيحة:

ففي أن السيد لو مات انفسخت.

وكذا لو جن أو حجر عليه انفسخت [على الأصح][(٥)]، وبه جزم العراقيون؛ لكونها جائزة؛ كالوكالة.

[ومقابله][(٦)]: - حكاه القاضي الحسين-: أنها لا تنفسخ.

وفي أن للسيد فسخها متى شاء.

وفي عدم عتقه بإبرائه عن النجوم وقبض الوكيل.

وفي التراجع.

وفي عدم وجوب الإيتاء فيها على الصحيح، وفيه وجه حكاه المراوزة.

---

(١) سقط في د.

(٢) في ب: بسبب يمنع، وفي د: شبب.

(٣) في ب: سبب.

(٤) في د، س: أو

(٥) سقط في س، د.

(٦) سقط في س، د.

وفي كونه لا يعتق بما أدّاه من سهم المكاتبين على قولٍ رواه الربيع في «الأم»، ورواية المزني تخالفه، وهي التي اختارها الماوردي.

وفي كون الوطء لا يحرم على السيد إذا كانت أمة على رأيٍ.

وفي منع معاملة السيد له على أحد الوجهين.

وفي عدم وجوب الاستبراء عند فسخها على أحد الوجهين.

وفي عدم العتق بأداء المال المشروط قبل محله على أحد الوجهين.

وأمَّا موافقته تعليق العتق بالصفة:

ففي [حصول](١) العتق عند وجودها.

وفي بطلانها بموت السيد.

وفي كون الإبراء لا يؤثر في تحصيل العتق.

وأمَّا مخالفته لها:

ففي استتباع الأكساب والأولاد.

وفي التراجع.

وفي القدرة على فسخها بالقول، وبطلانها [بموت](٢) السيد [وطرآن](٣) سفهه.

قال: فإن كانا من جنس واحد» - أي: وعلى صفة واحدة - سقط أحدهما بالآخر في أحد الأقوال(٤)؛ لأن الحقين إذا تساويا فلا فائدة في قبض كل واحد منهما ماله؛ فسقط، ألا ترى أنّه إذا كان لرجل على وارثه(٥) دين، ومات فإنه يقاص به من حقه، ولا يكلف قبضًا وإقباضًا؟! فكذلك هاهنا، فعلى هذا إن بقي لأحدهما على صاحبه فضل رجع به.

ولا يسقط في الثاني، أي: سواء تراضيا بذلك أم لا؛ لأنه في معنى بيع الدين بالدين، وقد نهى رسول الله ﷺ عنه(٦).

ولا يسقط في الثالث إلا برضا أحدهما؛ لأن من عليه الدين له أن يقبضه من حيث شاء، فإذا رضى أحدهما فقد وجد القضاء منه.

---

(١) في س، د: وجود.
(٢) سقط في د، وبياض في س.
(٣) سقط في س، د.
(٤) في س: القولين.
(٥) في س، د: ولديه.
(٦) تقدم.

ولا يسقط في الرابع إلاَّ برضاهما؛ لأنه إبدال ذمة بذمة[(١)]؛ فلم يصح إلاَّ برضاهما كالحوالة.

ومحل الخلاف كما قال في «الشامل» و «البحر» - إذا كان ما في الذمتين من الدراهم والدنانير، فلو كان من غيرهما لم يجر الخلاف.

قال البندنيجي: وأصحابنا لا يختلفون في ذلك، ولا فرق في ذلك بين أن يكون مما له مثل أو مِمَّا لا [illegible] له، وهم في ذلك يخالفون منصوص الشافعيّ - رضي الله عنه- في ذلك لا عن قصد، ولكن لقلة نظرهم في كتابه؛ فقد نصَّ في باب الجناية على المكاتب ورقيقه من «الأم»: أن القصاص يقع في الطعام، فقال: لو حرق السيد للمكاتب مائة صاع من حنطة مثل حنطته، والحنطة التي على المكاتب حالة - كان قصاصًا، وإن كره المكاتب، [فإن كانت خيرًا][(٢)] لم يكن قصاصًا؛ إلاَّ أن يرضى من له الأجود أن يكون قصاصًا، فقد نصَّ على الأقوال في كل ما له مثل إذا ثبت في الذمة.

وحكى في «رفع التمويه على التنبيه» وجهًا آخر: أن الأقوال تأتي في كل ما يثبت في الذمة من مثليٍّ ومتقوم.

والأقوال تجري في سائر الديون المتساوية[(٣)] في الصفة والحلول والتأجيل.

فرع: نصَّ في «الأم» على أنه إذا كان ما على المكاتب حالا من آخر نجومه؛ فوجب [له][(٤)] على السيد مثله بسبب جناية، ثم عاد السيد فجنى على المكاتب جناية أخرى - كانت الجناية جناية على حرٍّ، فإن كان في مثلها القصاص اقتصّ [من السيد][(٥)]، فإن قال: لم أعلم أنه عتق لما صار له على مثل الذي بقي لي عليه؛لم يقبل منه؛ كما لو قتل رجلًا كان عبدًا فعتق، ثم[(٦)] قال: لم أعلم بعتقه.

قال الربيع: وفيه قول آخر: أنّه يؤخذ منه دية حرٍّ، ولا قود للشبهة.

قال: وإن أوصى بالمكاتب أي: كتابة فاسدة، وهو لا يعلم بفساد الكتابة - ففيه قولان:

أحدهما: يصح؛ لأن الظن لا يغير موجب الحقيقة، والكتابة الفاسدة لا تمنع

---

(١) في س: بذمته.
(٢) في ب: كان جبرًا.
(٣) في ب: المساوية.
(٤) سقط في د.
(٥) في د، س: منه.
(٦) في س، د: و.

التصرف.

والثاني: لا يصح؛ لأنه إذا لم يعتقد أنَّه ملكه كان متلاعبًا بالوصية، والخلاف جارٍ فيما لو باعه وهو لا يعلم بفساد الكتابة - أيضًا - كما صرح به الإمام، وحكى أن منهم من صحح الوصيّة ومنع[١] البيع، أمَّا إذا كان عالمًا بالفساد صح ذلك وجهًا واحدًا.

وقيل: على القولين، وهو ظاهر نصّه في «المختصر».

ووجه المنع: أنّ الكتابة الفاسدة كالصحيحة في فروع العتق بالأداء؛ فكانت كهي في امتناع التصرف[٢]، والصحيح - وهو الذي نصّ عليه في «الأم»-: الأول.

قال: وإن أسلم عبدٌ لكافر أمرناه[٣] **بإزالة الملك فيه**؛ دفعًا للذل عن المسلم، وإن كاتبه ففيه قولان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه بالكتابة يصير كالخارج عن ملكه، فاكتفى بذلك في دفع الذل، كما لو كان مكاتبًا ثم أسلم فإنه لا يؤمر بإزالة ملكه جزمًا.

والثاني: لا يجوز؛ لأن الكتابة لا تزيل الملك فلم تكف كالتزويج. وقد طرد بعض الأصحاب هذا [القول][٤] فيما إذا كاتبه وهو كافر ثم أسلم، كما حكاه الإمام، وعلى هذا: هل نحكم بفساد الكتابة؟ قال في «الذخائر»: «قد اختلف أصحابنا فيه:

منهم من قال: تفسد الكتابة ويباع العبد.

ومنهم من قال: تصح ثم تفسد من بعد، وهذا إذا قلنا بمنع بيع المكاتب، وإن قلنا بصحة[٥] بيعه صححنا الكتابة، وبعناه مكاتبًا، وقد ذكرنا في باب التدبير شيئًا يتعلق بذلك.

فرع: إذا دفع العبد النجوم إلى سيده، فقال له حين الدفع: اذهب فأنت حرٌّ، ثم ظهرت النجوم مستحقة أخذها مالكها، ولم يحصل العتق إن قصد السيد بذلك

---

(١) في ب: ومبيع.
(٢) في ب: الوصية.
(٣) في د، س، والتنبيه: أمر.
(٤) سقط في س، د.
(٥) في ب: يصح.

الإخبار عن حاله بعد[١] أداء النجوم، وإن قصد إنشاء العتق برئ المكاتب وعتق، فلو ادّعى السيد أنّه أراد الأول، وادّعى المكاتب أنه أراد الثاني - فالقول قول السيد مع يمينه، جزم به العراقيون والبغوي. وأبدى الغَزالي وجهًا خرّجه من وجهٍ محكيٍّ فيما إذا خوصم المشتري في المبيع، فقال: هو ملكي وملك من اشتريت منه، ثم ثبت بالبينة أنه مستحق فإنه لا يرجع على بائعه بالثمن، وقد أقامه الرافعي وجهًا في المذهب، ولو كان هذا القول قبل أداء النجوم نفذ العتق، ولم يقبل قول السيد؛ إذ لا ظاهر يصدقه.

إذا جاء المكاتب بنجم إلى السيد، فقال له: هذا حرام، نظر: فإن كان مع السيد بينة لم يجبر على أخذه، وإن لم يكن ثمَّ بينة فله تحليف المكاتب، فإن لم يحلف ردّت اليمين على السَّيد، فإذا حلف لم يكلف أخذه، وإذا حلف المكاتب قيل للسيد: إمَّا أن تقبض أو تبرئ، فإن أبرأه عتق، وإن لم يفعل قبضه الحاكم وبرئ المكاتب وعتق، ولو قبض السيد النجوم، وحكمنا بعتق المكاتب بناءً على ذلك، ثم ظهرت مستحقة أو معيبة؛ فردها السيد - ارتدّ العتق؛ لأنَّا تبيَّنَّا أن المعقود عليه لم يقبض، لكن في مسألة العيب هل نقول: عتق ثم ارتفع العتق بالرد حتى لو رضى كان العتق واقعًا من حين القبض، أو نقول: بالرد نتبين أنه لم يعتق أصلًا حتى إذا أجاز يكون العتق حاصلًا بالقبول؟ فيه وجهان ينبنيان[٢] على أن الدَّين الناقص متى يملك هل بالقبض مع الرضا أم بمجرد القبض؟ وفيه وجهان، والأول منهما اختيار أبي إسحاق، والثاني اختيار الماسرجسي وبعض الأصحاب، وعلى قول أبي إسحاق إذا كان المقبوض تالفًا عاد الرِّق من يوم تلف المعيب، ويتنجز بأداء الأرش.

وفي كيفية اعتبار الأرش وجهان:

أحدهما: يُقَوّم العوض سليمًا ثم معيبًا، ويجب ما بينهما.

والثاني: يُقَوّم سليمًا، فإذا قيل: مائة[٣]، قوم معيبًا، فإذا قيل: تسعون[٤]، علم أن الفائت العشر؛ فيرجع[٥] بعشر قيمة العبد.

---

(١) في د: بتعداد، وفي س: التعداد.
(٢) في س: يبنيان.
(٣) في س، د: بأنه.
(٤) في ب: سبعون.
(٥) في ب: فرجع.

ولو عجَّل المكاتب النجوم قبل محلها نظر: فإن لم يكن على السيد ضرر لكونها لا يخشى هلاكها ولا نهبها، ولا أجرة تلحقه بسببها إلى أوان محلها - أجبر على ذلك، وإلا فلا يجبر، وهكذا الحكم فيما لو أتى المكاتب بالنجوم قبل المحل للحاكم والسيد غائب: فإن كان لا ضرر على السيد قبلها، وإلا فلا.

ولو كان على رجلٍ دين، وصاحبه غائب، فأتى به [الحاكم، ولا ضرر على مالكه][(١)] في قبضه - فهل يجوز له قبضه؟ فيه وجهان في «البحر»، ووجه المنع: أنه ليس للمؤدي غرض إلا سقوط الدين عنه، والنظر للغائب [بترك][(٢)] الدين في ذمة المليء وفي الكتابة له غرض تحصيل العتق.

ولو لقي المكاتب سيده في غير البلد المشروط فيها الأداء، وأحضر إليه النجوم: فهل يجبر على قبولها؟ نظر: إن كان عليه ضرر ومؤنة في النقل لم يجبر، وإن لم يكن ضرر أُجبر، وبعض الأصحاب قال: إن كان بين البلدين دون مسافة القصر، ولا[(٣)] ضرر عليه في القبض ولا مؤنة كالدراهم والدنانير - أُجبر، وإن كان البلد بعيدًا ففيه وجهان، قال في «الأم»: «ولا يكلف المكاتب أن يؤدي النجوم في غير البلد الذي كاتبه فيه».

إذا اختلف السيد والمكاتب في مقدار النجوم، أو مقدار الكتابة، أو مقدار الأجل، أو جنس النجوم - تحالفا كالمتبايعين، فإذا تحالفا: فإن كان قبل العتق عاد العبد رقيقًا كما كان؛ إن قلنا: ينفسخ العقد بنفس[(٤)] التحالف، وإلاَّ فلا يعود الرق إلا بالفسخ، وإن كان بعد الأداء وحصول العتق لم يرتد[(٥)] العتق، ولكنهما يتراجعان بالقيمة؛ لأنَّ العقد ينفسخ ويسقط المسمَّى؛ فيكون بمنزلة الأداء في الكتابة الفاسدة،، والله أعلم.



(١) في س: للحاكم ولا ضرر عليه، وفي د: للغائب فإن كان لا ضرر عليه.
(٢) في د: بمنزلة.
(٣) في د: فلا.
(٤) في ب: ينفسخ.
(٥) في س، د: يريد.

باب عتق أم الولد

إذا وطئ [أي:][1] [الحر][2]، **جاريته أو جارية يملك بعضها**، أي: وهو موسر بقيمة باقيها، [فأولدها][3] **فالولد حُرٌّ**.

لا شك في جواز وطء السادة الأحرار[4] إماءهم، دلت على ذلك آي الكتاب، والسنة، والإجماع:

أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَـٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٥، ٦]، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

وأمَّا السنّة فما روي أنه ﷺ استولد جاريته مارية القبطية، وَوُلِدَ [له][5] منها إبراهيم[6].

ولم يختلف أحد من الأئمة في جواز ذلك.

[نعم، إذا قلنا: إن العبد يملك، وكان في ملكه أمة - فهل يحل له وطؤها؟ وكذا مَنْ نصفه حُرٌّ ونصفه رقيق؟ فيه كلام نذكره في باب ما يحرم من النكاح][7].

فإذا[8] ثبت ذلك، فأتت أمته الكاملة له بولد من وطئه، أو باستدخال[9] مائه، فهو حرٌّ؛ لقوله ﷺ: «من أشراط الساعة أن تلد الأمةُ رَبَّتَها»[10] أي: سيِّدتها، فأقام الولد مقام أبيه والأب حرٌّ؛ فكذلك هو، ولا يثبت عليه ولاءٌ لأحد[11]؛ لأن مانع

---

(١) سقط في ب. (٢) سقط في د، س. (٣) سقط في ب.
(٤) في د، س: الجواري. (٥) سقط في د، س.
(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٣٤٧).
(٧) سقط في د، س. (٨) في س: إذا. (٩) في د، س: استدخال.
(١٠) أخرجه مسلم (١/ ٣٦)، كتاب الإيمان، باب: بيان الإيمان والإسلام والإحساب ووجوب الإيمان، بإثبات قدر الله - سبحانه وتعالى، رقم (١/ ٨).
(١١) في ب: ولا حد.

الرِّقِّ قارن[١] سبب الملك فدفعه، بخلاف ما لو اشترى زوجته الحامل منه؛ فإن الولد يعتق عليه، ويثبت له عليه الولاء، وفائدته - كما قال القاضي الحسين - تظهر في شيئين:

أحدهما: إذا أوصى لموالي فلان دخل فيهم.

والثاني: [في][٢] تحمل العقل عنه؛ فإن المولى يتحمل العقل والأب لا يتحمله، وهذا منه بناء على أنَّ البنوة عند وجود غيرها [مما][٣] يقتضي التحمل لا تمنعه، كما سنذكره في بابه، إن شاء الله تعالى.

ولا فرق في ذلك بين أن تكون قد علقت به من[٤] وطءٍ مباح - كما ذكرنا - أو من وطءٍ حرام: كما إذا كانت مرهونة، أو مزوجة، أو مسلمة وهو كافر، أو محرمًا له، ونحو ذلك، ووطئها وهو عالم بالتحريم. وكذا لا فرق في كونه [حُرًّا][٥] عند وجود التحريم بسبب المحرميّة[٦]، [أو كونه كافرًا وهي مسلمة][٧]، [أو كونها][٨] مزوجة - بين أن نوجب عليه الحد كما حكاه البندنيجي قولًا، وحكاه الإمام عن القديم، [أوْ لا نوجبه][٩] على الجديد الصحيح عند الطبري وغيره.

وحكى الرافعي والإمام عند الكلام في وطء جارية الابن: أنَّا إذا أوجبنا الحد في مملوكته المحرمة عليه برضاع أو غيره لا تصير أم ولد؛ لأنه وطء زنى، وفي كلام الإمام ما يفهم إفهامًا ظاهرًا أن السبب لا يثبت في هذه الحالة؛ تفريعًا على هذا، وقد صرَّح [به][١٠] في «البحر».

ثم حكى الإمام أنَّ من الأصحاب من ارتاع؛ فلم يستجز للإنسان أن يطأ [مملوكته وتأتي منه بولد، ولا تكون أمَّ ولد [له][١١]، فحكم بثبوت النسب والاستيلاد.

---

(١) في ب: فارق.
(٢) سقط في د، س.
(٣) في ب: ما، وسقط في س.
(٤) في د، س: في.
(٥) سقط في د.
(٦) في س: التحريمية.
(٧) في د، س: أو كونها مسلمة وهو كافر.
(٨) في ب، س: وكونها.
(٩) في د: إذ لا توجيه.
(١٠) سقط في ب، س.
(١١) سقط في س.

وأما إذا وطئ][١] جارية يملك بعضها فالحكم كذلك عند العراقيين؛ لأنه وطء شبهةٍ بسبب الملك، وإن كان حرامًا فانعقد الولد فيه حرًّا كوطء أخته المملوكة.

قال الإمام: ويجب طرد القول القديم الذي ذكرناه في وجوب الحد على السيِّد إذا وطئ محرمة عليه مع العلم في هذه الصورة أيضًا، ومع هذا فلا يقدح في الاستيلاد والحرية على الجملة، وإن قدح فيما ذكرناه من قبل.

وحكى القاضي الحسين في المسألة تفصيلًا آخر فقال: إن كان الواطئ موسرًا كما ذكرناه، وقلنا بنفوذ الاستيلاد قبل أداء القيمة- فقد انعقد الولد كلُّه حرًّا؛ لأنَّا نقدر انتقال الملك في حصة الشريك إلى المستولد قبل[٢] الاستيلاد؛ فتكون قد علقت به، وجميعها ملكه، ولا يجب عليه قيمة شيءٍ من ولده، وإن قلنا: لا ينفذ[٣] إلاَّ بأداء القيمة، فهل نقول: انعقد جميع الولد حرًّا، أو انعقد منه قدر حصة الشريك من أمه[٤] رقيقًا، ثم يعتق بأداء القيمة؟ فيه قولان.

وكذا [فيما][٥] لو كان المستولد معسرًا هل ينعقد جميع ولده[٦] حرًّا، أو قدر حصة المستولد من أمه لا غير؟ فيه قولان، [و][٧] حكاهما البندنيجي وجهين فيما إذا وطئ أحد الشريكين وأحبل وهو معسر، ووطئ الآخر وأحبل وهو معسر، وهما مطردان فيما إذا رأى الإمام المصلحة في استرقاق بعض حربي[٨] هل يجوز؟ وفيما إذا أتت من بعضها حر وبعضها رقيق بولد من نكاح أو زنى، هل[٩] ينعقد جميعه حرًّا، أو ينعقد كأمِّه في الحرية والرق؟

وأصل [هذا][١٠] المأخذ: أن تبعض[١١] الرق والحرية في الابتدء هل يمكن؟ فمن أثبته قال: كما يجوز أن يتبعض الرق والحرية بإعتاق المعسر، كذلك يجوز فيما نحن فيه، ومن منع قال: أحكام الرق والحرية متناقضان؛ فينبغي ألاَّ يختار التبعيض فيها، ويفارق إعتاق المعسر؛ فإنه لا سبيل إلى ردِّه، ولا سبيل إلى تنفيذه[١٢] في نصيب شريكه؛ فكان محل ضرورة، وقياس بناء القاضي يقتضي

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: قبيل.
(٣) في ب، د: يتعجل.
(٤) في د، س: الأم.
(٥) سقط في د، س.
(٦) في د، س: الولد.
(٧) سقط في د، س.
(٨) في ب: حرفي.
(٩) في س: أو.
(١٠) سقط في ب، س.
(١١) في ب: بعض، وفي د: تبعيض.
(١٢) في ب: مقيد، وفي د: تقييد.

أنَّه[(١)] يلزم المستولد قيمة حصة الشريك من الولد عند الوضع وإن أدَّى المال قبله إذا قلنا: إن الولد انعقد [جميعه حرًّا، أمَّا][(٢)] إذا قلنا بانعقاد قدر حصة الشريك من الأم رقيقًا فلا تجب؛ [لأنها تندرج][(٣)] في قيمة الأم كما في البيع، وقد صرَّح البندنيجي بأنها إذا وضعت بعد الحكم بأنها أم ولد لكونه موسرًا، وقد أدَّى القيمة؛ فلا قيمة له، وإن وضعته قبل الحكم بأنها أم ولد لتأخير دفع القيمة، وقلنا: لا تصير أم ولد إلاَّ عند دفعها - لزمته القيمة، وهذا هو الحق، وما ذكرناه من قضية كلام القاضي ممنوع؛ لأن المفوت رقه لا يضمن إلا حين وضعه لمن له الأم، وهي إذ ذاك للمستولد، وإذا حكمنا بانعقاد جميع الولد حرًّا عند اعتبار الوطئ[(٤)] ثبت في ذمته للشريك قيمة قدر حصته من الأم من الولد.

قال: والجارية أم ولد [له][(٥)] أي: يثبت لها حكم الاستيلاد، وهو العتق بعد موت السيد، وامتناع التصرف فيها بما ينقل الملك.

ووجهه في الأولى: ما روى الإمام في آخر النهاية بسنده عن خواتِ بن جبير أنَّ رجلًا أوصى إليه، وكان فيما ترك أم ولد له وامرأة حُرَّة، فوقع بين المرأة وبين[(٦)] أم الولد بعض الشيء؛ فأرسلت إليها الحرة: «لتُبَاعَنَّ رَقَبَتُكِ يا لَكَاعِ»، فرفع ذلك خوات بن جبير إلى النبي ﷺ فقال: «إِنَّهَا لَا تُبَاعُ»، وَأَمَرَ بِهَا فَأُعْتِقَتْ[(٧)]. وهذا السند فيه «الدارقطني».

وروى أيضًا بسنده عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ وَلَدَتْ مِنْهُ أَمَتُهُ فَهِيَ حُرَّةٌ مِنْ بَعْدِ مَوْتِهِ»[(٨)]، وهذا السند فيه أيضًا الدارقطني.

---

(١) في د، س: أن.
(٢) في د، س: لأنه أتلف على الشريك ملكه قبل تقويم الأم عليه.
(٣) في د، س: عليه؛ لأنه يندرج.
(٤) في ب، د: الوطء.
(٥) سقط في د، س.
(٦) في د: خوات.
(٧) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٣٣)، والبيهقي في السنن (١٠/ ٣٤٥)، وفي معرفة السنن والآثار (٧/ ٥٦٥)، وفي إسناده رشدين بن سعد وهو ضعيف، وابن لهيعة وهو ضعيف أيضًا.
(٨) أخرجه أحمد (١/ ٣٠٣، ٣١٧، ٣٢٠)، وابن ماجه ٤/ ١٤١) كتاب العتق، باب أمهات الأولاد (٢٥١٥)، والحاكم (٢/ ١٩)، والدارقطني (٤/ ١٣٠)، والبيهقي (١٠/ ٣٤٦)، واللفظ للدارقطني إلا قوله: «أمته»؛ فهي عنده: «أمة».
من طريق حسين بن عبد الله عن عكرمة، عن ابن عباس به.

وقد روى عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن[1] النبي ﷺ قال: «أُمُّ الْوَلَدِ لَا تُبَاعُ، وَلَا تُوهَبُ، وَلَا تُوَرَّثُ، مُسْتَمْتِعُ بِهَا مُدَّةَ حَيَاتِهِ، فَإِذَا مَاتَ عَتَقَتْ»[2]، لكن هذا الحديث قال البيهقي فيه: إنه روي عن [ابن][3] عمر، وغلط من رفعه إلى رسول الله ﷺ.

وأمَّا في الثانية؛ فلأنها علقت منه بولد حر، وله فيها ملك؛ فأشبه ما لو علقت به وكلها له، وهذا الذي ذكره الشيخ هو الذي نصَّ عليه الشافعي حيث قال: «لو أحبل أحد الشريكين الجارية المشتركة وهو موسر، صارت أم ولد له»، [وهو][4] مفرع على أن السراية تحصل قبل أداء القيمة كما هو الصحيح في تنجيز العتق.

ومنهم من رتبه هنا على الخلاف في العتق وقال: الأولى التعجيل لكونه فعلًا، وهو أقوى من القول؛ بدليل نفوذ [استيلاد المجنون][5] دون عتقه.

ومنهم من قال: العتق أولى بالتنجيز، والفرق أنه عتق ناجز، والاستيلاد [سبب][6] عتق؛ فشابه التدبير، أمَّا إذا قلنا: لا يحصل إلا بدفع القيمة»،فنصيبه من الجارية يثبت فيه حكم أمهات الأولاد، ونصيب الشريك حكم الاستيلاد عليه موقوف على أداء القيمة: فإن أدَّاها حكمنا [بنفوذه في][7] وقت الأداء على قول، وتبيَّنا نفوذه [من][8] حين العلوق على قول، وعلى هذا لا تجب قيمة الولد أيضًا - ولو كان معسرًا لم يسر الاستيلاد إلى نصيب الشريك جزمًا، فإذا أحبلها الشريك الآخر جرى على نصيبه حكم أم الولد، ولا يسري إلى نصيب المستولد أولًا، وإن كان الثاني موسرًا، وهل ينعقد حمله ولد الثاني حرًّا عند إعساره، أو

= وحسين هذا ضعفه الحافظ في التقريب (١٣٣٥)؛ وقال البوصيري في زوائد ابن ماجه (٢/ ٢٩١): هذا إسناد ضعيف؛ حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عبد الله الهاشمي تركه علي ابن المديني وأحمد بن حنبل والنسائي، وضعفه أبو حاتم وأبو زرعة. وقال البخاري: يقال: إنه كان متهما بالزندقة. وعزاه البوصيري لابن أبي عمر في مسنده بإسناده والذي عند ابن ماجه ومتنه، وقال: وأخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده: حدثنا زهير، حدثنا إسماعيل بن أبي أويس، حدثنا أبي، عن حسين بن عبد الله... فذكره بزيادة في آخره. ا هـ.

(١) في س: عن.
(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (٤/ ١٣٤)، والبيهقي (١٠/ ٣٤٨).
(٣) سقط في ب، س.
(٤) سقط في د.
(٥) في س: الاستيلاد للمجنون.
(٦) سقط في د.
(٧) في د، س: أنه نفذ.
(٨) سقط في د.

يكون بعضه حرًّا وبعضه ولد أم ولد؟ فيه الخلاف السابق.

ولو أيسر أحدهما، فنجَّز عتق حصته عتق نصيبه[١]، وهل يسري إلى نصيب الآخر؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا؛ لما في السراية من تقدير نقل الملك، والملك في المستولدة لا يقبل النقل، ولأنّ في السراية إبطال حقِّ الأول ووارثه من الولاء.

وهذا يشابه قولنا: إن أحد المكاتبين لعبدٍ واحدٍ إذا أعتق[٢] حصته إنما يسري عليه العتق بعد تعجيز المكاتب.

والثاني: نعم، وهو الذي حكاه القاضي الحسين عن الأصحاب، ثم قال: وهو مشكل. وأبدي ما ذكرناه من علة القول [الأول ثم قال: وهو لا يخلو أن يقال: هو خطأ، أو جواز من يجوز بيع أم الولد، أو][٣] بناء على أن أحد المكاتبين إذا أعتق العبد المكاتب هل يقوم عليه في الحال، أو بعد العجز[٤]؟ وفيه قولان، أو يقال: هو بناء على أن السراية تحصل بنفس اللفظ؛ فتكون كالإتلاف[٥]، ولو أتلفها ضمن قيمة [حصة الشريك][٦].

ثم إذا نفذنا العتق فما حكم الولاء في هذا النصف؟ قال: إن قلنا: إن بيع أمهات الأولاد جائز، فالولاء فيه للمعتق، وإن قلنا: لا يجوز، فهل يكون الولاء له [أو للمستولد][٧]؟ فيه وجهان ينبنيان على أن التقويم يفسخ الاستيلاد أَمْ لا؟ وفيه وجهان ينبنيان على أن أحد الابنين إذا أعتق نصيبه من عبدٍ [كاتبه أبوهما][٨]، وقلنا: يعتق عليه نصيب أخيه في الحال - هل يكون فسخًا للكتابة أم لا؟ وفيه وجهان ذكرناهما من قبل، كذا حكاه في آخر باب التدبير.

ولو كان الثاني موسرًا حال استيلادها[٩]، ففي السراية إلى نصيب الشريك الكلام السابق فيما إذا أنجز[١٠] أحدهما عتق حصته عند يساره ولو كان الذي

---

(١) في ب: بنصيبه.
(٢) في ب: عتق.
(٣) بدل ما بين المعقوفين في د: ولو.
(٤) في د: التنجيز، وفي س: التعجيز.
(٥) في ب: كإتلاف.
(٦) في ب: شريكه.
(٧) في د: وللمستولد.
(٨) في د، س: كان أبوهما كاتبه.
(٩) في د، س: الاستيلاد.
(١٠) في د: نجز.

استولد أولًا موسرًا، وقلنا: سريان الاستيلاد يتوقف على دفع القيمة - فهل ينفذ استيلاد الثاني؟ [ذلك ينبني][١] على أنَّه إذا أعتق أحدهما حصته وهو موسر، وقلنا: لا يسري العتق إلاَّ بدفع القيمة، فأعتق الآخر حصته قبل دفعها - هل ينفذ؟ والمذهب: لا، فإن قلنا به لم ينفذ استيلاد[٢] الثاني إلا أن يموت الأول عاجزًا أو يعسر، على تفصيل حكيناه في كتاب العتق. وإن قلنا: ينفذ عتقه - كما صار إليه ابن أبي هريرة - نفذ استيلاد الثاني، وكانت مستولدة لهما.

وهذا كله جمعته[٣] من كلام [القاضي][٤] في مواضع من كتاب العتق وغيره، وكتاب «مختصر الكتابة».

قال: وإن أولد جارية ابنه أي: وهو حرٌّ فالولد حرٌّ ؛ لأنه وطء لا يجب فيه الحد لأجل الشبهة؛ فانعقد الولد فيه حرًّا؛ كوطءِ جارية الغير [بشبهة][٥]، والشبهة الثابتة له شبهة ملك، قال ﷺ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ»[٦]؛ وأيضًا: فإن الأب يستحق

---

(١) في س: أينبني ذلك. (٢) في د: الاستيلاد. (٣) في ب: جميعه.
(٤) سقط في د. (٥) سقط في د، س.
(٦) ورد هذا الحديث عن جماعة من أصحاب النبي ﷺ، وهم: جابر بن عبد الله وعبد الله بن عمرو وعمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وسمرة بن جندب وعبد الله بن مسعود وأبو بكر الصديق وعائشة ورجل من الأنصار.
حديث جابر:
أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٦٩) كتاب التجارات: باب ما للرجل من مال ولده، حديث (٢٢٩١) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٥٨) كتاب القضاء والشهادات: باب الوالد هل يملك مال ولده أم لا؟ وفي «مشكل الآثار» (٢/ ٢٣٠) وابن عدي في «الكامل» (٧/ ١٦٥) كلهم من طريق يوسف بن أبي إسحاق عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله أن رجلًا قال: يا رسول الله إن لي مالًا وولدًا، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي، فقال: أنت ومالك لأبيك. قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٠٢٠): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات على شرط البخاري، وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٣٧): قال ابن القطان: إسناده صحيح، وقال المنذري: رجاله ثقات، وقال في «التنقيح» ويوسف بن أبي إسحاق من الثقات المخرج لهم في الصحيحين...ا هـ.
وقد توبع يوسف على هذا الحديث. تابعه عمرو بن أبي قيس: أخرجه السهمي في «تاريخ جرجان»، ص (٣٨٥) من طريق عمرو عن محمد بن المنكدر، عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال: أنت ومالك لأبيك. وتابعه أبان بن تغلب.
حديث عبد الله بن عمرو:
أخرجه أحمد (٢/ ٢١٤) وأبو داود (٣/ ٨٠١، ٨٠٢) كتاب البيوع والإجارات: باب في الرجل
=

. . . .

= يأكل من مال ولده، حديث (٣٥٣٠) وابن ماجه (٢/ ٧٦٩) كتاب التجارات: باب ما للرجل من مال ولده، حديث (٢٢٩٢) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٩٩٥) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٥٨) كتاب القضاء والشهادات: باب الوالد هل يملك مال ولده أم لا؟ والبيهقي (٧/ ٤٨٠) والخطيب في «تاريخ بغداد» (١٢/ ٤٩) وأبو نعيم في «أخبار أصبهان» (٢/ ٢٢) من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: أتى أعرابي رسول الله ﷺ فقال: إن أبي يريد أن يجتاح مالي؟ قال: أنت ومالك لوالدك؛ إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أموال أولادكم من كسبكم؛ فكلوه هنيئًا.

حديث عمر بن الخطاب:

أخرجه البزار (٢/ ٨٤ - كشف) رقم (١٢٦١) وابن عدي في «الكامل» (٣/ ٣٧٥، ٣٧٦) من طريق سعيد بن بشير عن مطرف عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب عن عمر أن رجلًا أتى النبي ﷺ فقال: إن أبي يريد أن يأخذ مالي قال: أنت ومالك لأبيك. قال البزار: لا نعلمه عن عمر مرفوعًا إلا من هذا الوجه وقد رواه غير مطرف عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وقال ابن عدي: ولا أدري تشويش هذا الإسناد ممن هو؟ لأن هذا الحديث يرويه جماعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ولا أعلم رواه عن سعيد بن المسيب عن عمر إلا من حديث سعيد بن بشير هذا وسعيد بن بشير له عند أهل دمشق تصانيف؛ لأنه سكنها وهو بصري، ورأيت له تفسيرًا مصنفًا من رواية الوليد عنه، ولا أرى بما يروى عن سعيد بأسًا ولعله يهم في الشيء بعد الشيء ويغلط، والغالب على حديثه الاستقامة والغالب عليه الصدق ا هـ.

والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٥٤) وقال: رواه البزار، وسعيد بن المسيب لم يسمع من عمر.

حديث عبد الله بن عمر:

أخرجه أبو يعلى (١٠/ ٩٩) رقم (٥٧٣١) من طريق أبي حريز عن أبي إسحاق عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك. وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٥٧) وقال: رواه أبو يعلى وفيه أبو حريز وثقه أبو زرعة وأبو حاتم وابن حبان وضعفه أحمد وغيره، وبقية رجاله ثقات ا. هـ. قلت: قال ابن أبي حاتم في «المراسيل»، ص (١٤٦) عن أبيه قال: لم يسمع أبو إسحاق عن ابن عمر إنما رآه رؤية.

وللحديث طريق آخر عن ابن عمر: أخرجه البزار (٢/ ٨٤ - كشف) رقم (١٢٥٩) من طريق ميمون بن يزيد عن عمرو بن محمد عن أبيه عن ابن عمر قال: جاء رجل يستعدي على والده فقال: إنه يأخذ مالي، فقال له رسول الله ﷺ: أنت ومالك من كسب أبيك. قال البزار: لا نعلمه عن ابن عمر مرفوعًا إلا بهذا الإسناد، وفي «نصب الراية» (٣/ ٣٣٩) قال البزار: لا نعلمه يروى عن ابن عمر إلا بهذا الإسناد، وعمر بن محمد فيه لين. والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٥٧) وقال: رواه البزار والطبراني في الكبير والأوسط، وفيه: الولد من كسب الوالد وميمون بن زيد لينه أبو حاتم، ووهب بن يحيى - شيخ البزار - لم أجد من ترجمه، وبقية رجاله ثقات.

حديث سمرة بن جندب:

أخرجه البزار (٢/ ٨٤ - كشف) رقم (١٢٦٠) والعقيلي في «الضعفاء (٢/ ٢٣٤) والطبراني في =

على الابن جنس ما استوفاه؛ إذ يجب على الولد[1] إعفافه؛ فكان شبهة، كمن سرق مال بيت المال، أو مال ابنه، وقد خرج الإمام وأبو سعيد الإصطخري[2]

= «الكبير» (٧/ ٢٧٨، ٢٧٩) رقم (٦٩٦١) كلهم من طريق عبد الله بن إسماعيل أبي مالك الجوداني، ثنا جرير بن حازم عن الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك. قال البزار: لم يسنده غير أبو إسماعيل، قال العقيلي: منكر الحديث لا يتابع على شيء من حديثه... وفي الباب أحاديث من غير هذا الوجه، وفيها لين وبعضها أحسن من بعض. والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٥٧) وقال: رواه البزار والطبراني في الكبير والأوسط، وفيه عبد الله بن إسماعيل الجوداني قال أبو حاتم: ليِّن، وبقية رجال البزار ثقات.

حديث عبد الله بن مسعود:

أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٦/ ٤٠٢) والطبراني في «الصغير» (١/ ٨) وفي «الكبير» (١٠/ ٩٩) رقم (١٠٠١٩) من طريق معاوية بن يحيى عن إبراهيم بن عبد الحميد بن ذي حماية عن غيلان بن جامع عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله أن النبي ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك.

قال الطبراني: لا يروى عن ابن مسعود إلا بهذا الإسناد تفرد به ابن ذي حماية، وكان من ثقات المسلمين. وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٥٧) وقال: رواه الطبراني في الثلاثة وفيه إبراهيم بن عبد الحميد بن ذي حماية، ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات. وقد وثقه الطبراني كما تقدم.

حديث أبي بكر الصديق:

أخرجه البيهقي (٧/ ٤٨١) كتاب النفقات: باب نفقة الأبوين، من طريق المنذر بن زياد ثنا إسماعيل بن أبي خالد عن قيس بن أبي حازم قال: حضرت أبا بكر الصديق فقال له رجل: يا خليفة رسول الله، هذا يريد أن يأخذ مالي كله ويجتاحه، فقال أبو بكر: إنما لك من ماله ما يكفيك فقال: يا خليفة رسول الله ﷺ أليس قال رسول الله ﷺ: أنت ومالك لأبيك، فقال أبو بكر: أرضى بما رضي الله به، قال البيهقي: والمنذر بن زياد ضعيف، والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٥٨، ١٥٩) وقال: رواه الطبراني في الأوسط وفيه المنذر بن زياد الطائي وهو متروك.

حديث عائشة:

أخرجه ابن حبان (١٠٩٤ - موارد) من طريق عطاء عن عائشة أن رجلًا أتى النبي ﷺ يخاصم أباه في دين عليه فقال النبي ﷺ: أنت ومالك لأبيك.

حديث الرجل من الأنصار:

أخرجه ابن أبي عمر العدني في «مسنده» كما في «المطالب العالية» (٢/ ٣٧٥) رقم (٢٥٠٩) من طريق الشعبي عن رجل من الأنصار أنه جاء إلى النبي ﷺ فقال: إن أبي غصبني مالي، قال: أنت ومالك لأبيك.

(١) في س: الابن.

(٢) في د، س: المتولي.

قبله قولًا في وجوب الحد مما إذا وطئ الإنسان أخته المملوكة؛ لأجل أن الوطء في الصورتين حرام بالاتفاق، ووجوبه فيما إذا كانت الأمة[(١)] موطوءة للابن[(٢)] لقوة المشابهة، وهو ما حكاه الإمام فيها نصًا عن القديم، وقد حكى الروياني في «البحر»[(٣)] عن الأصحاب القطع به فيما إذا كان الابن قد استولد الجارية، وخصَّ محل الخلاف بما إذا لم تكن مستولدة، وكانت موطوءة الابن، وعلى هذا فمفهوم التخريج أن ذلك لا يقدح في الحكم بحرية[(٤)] الولد كما ذكرنا في المسألة المخرج منها.

وقد حكى الإمام تفريعًا على القول بوجوب الحد: أن الولد ينعقد رقيقًا، وعلى قولنا بعدم وجوب الحد هل يثبت على الولد ولاءٌ؟ قال صاحب «التهذيب»: إن قلنا بأنَّ أمَّه تصير أمَّ ولد - كما سنذكره - فلا، وإلاَّ فوجهان، وكأنهما دالاَّن على أنَّا في هذه الحالة هل نقول: انعقد حرًّا، أو رقيقًا ثم عتق لأجل الشبهة؟ كما حكى الإمام ذلك فيما إذا غُرَّ[(٥)] الحرُّ بنكاح أمة، فأتت منه بولد، فعلى المذهب: ينعقد ولده حرًّا، وعلى وجه حكاه الشيخ أبو عليٍّ: أن الولد ينعقد رقيقًا، ثم يعتق بسبب الغرور، وهو غريبٌ جدًّا. ذكره في فروع العتق.

قال: **وفي الجارية قولان:**

أصحهما: أنها أم ولد [له][(٦)]؛ لأنها علقت[(٧)] منه بحرٍّ بحق الملك، فأشبه[(٨)] ما لو علقت به في ملكه، وهذا ما نصَّ عليه هنا كما حكاه ابن كج وابن الصباغ.

والقول الثاني: أنها لا تصير أم ولد؛ لأنها ليست ملكًا له وقت الإحبال؛ فصار كما لو استولد جارية بالنكاح.

قال المزني: ولأن الأب لو[(٩)] وطئ جارية ابنه بنكاح وأحبلها لم تَصِرْ أمَّ ولد له، فإذا وطئها[(١٠)] حرامًا كان أولى ألا تصير. وهذا ما نصَّ عليه في الدعاوى والبينات، [قيل][(١١)]: وربما نسب إلى القديم.

---

(١) في د، س: الجارية.
(٢) في د، س: الابن المهر.
(٣) زاد في ب، س: به.
(٤) في ب، س: لحرية.
(٥) في ب، س: عجز.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: عتقت.
(٨) في س: فأشبهت.
(٩) في د: إذا.
(١٠) في د، س: وطئ.
(١١) سقط في د، س.

وحكى ابن كَجٍّ أنَّه مخرج من نصه فيما إذا أحبل [أحد][١] الغانمين جارية من المغنم[٢]: أنها لا تصير أم ولد، كما خرج من نصه في وطء جارية الابن إلى هذه المسألة [قولًا][٣]: أنها تصير أمَّ ولد.

وحكى العمراني عن الطبري: أن الشافعي - رضي الله عنه - نصَّ فيما إذا وقع على جارية من المغنم أنها تصير أم ولد [له][٤]، وأنَّه يجب عليه قيمتها ومهرها؟ وفي [قيمة][٥] الولد قولان، والقولان في مسألة الكتاب جاريان بالاتفاق[٦] على قولنا: إن الأب لا يجب عليه الحدُّ.

أما إذا قلنا بوجوبه لأجل كونها مستولدة لم تصر أمَّ ولد له؛ لأن المستولدة لا تقبل النقل، وإن أوجبنا[٧] مع كونها غير مستولدة للابن، فالحكم كذلك على الظاهر عند الإمام والمعظم؛ لما قررناه من أن الولد ينعقد رقيقًا.

وفيه وجه: أنها تصير أمَّ ولد في هذه الحالة، كما قيل بمثله في وطء الأمة المحرمة بسبب رضاع أو غيره.

فإن قيل: هل[٨] القولان يجريان في حالة[٩] يسار الأب وإعساره؟

قلنا: قد حكى الحناطي في محل القولين ثلاثة طرق:

أحدها: [أن محلهما إذا كان الأب][١٠] معسرًا، [أما إذا كان موسرًا][١١] فتصير أم ولد له قولًا واحدًا.

[والثاني: أن محلهما إذا كان موسرًا، [فإن كان معسرًا][١٢] لم تصر أم ولد له قولًا واحدًا][١٣].

والثالث - وهو الأظهر-: طرد الخلاف مطلقًا، وإذا كان كذلك خرج من الطرق قول فارق بين الموسر والمعسر، كما يحكي عن صاحب «التقريب»؛ قياسًا على ما لو استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة؛ فإنه فرق في استيلاد حصة الشريك بين الموسر والمعسر، لكن الأئمة ضعفوا الفرق[١٤] من جهة أن

---

(١) سقط في د،س. (٢) في د، س: الغنيمة. (٣) سقط في س.
(٤) سقط في س. (٥) سقط في ب، س. (٦) في ب، س: بالإتلاف.
(٧) في ب، س: كان. (٨) في د، س: هذان. (٩) في س: حال.
(١٠) في د: إذا كان محل الأب، وفي س: أن محل الأب إذا كان.
(١١) في ب: أما الموسر. (١٢) سقط في س. (١٣) سقط في د.
(١٤) في ب: القول.

الاستيلاد هنا إنما ثبت[١] لحرمة الأبوة وشبهة الملك، ولا يختلف هذا المعنى بالإعسار واليسار، وهناك ثبت[٢] الاستيلاد في نصيب الشريك لدفع الضرر عنه؛ فلو فقدناه في حالة الإعسار[٣] لعلقنا حقه بذمة خراب، وهو أضر من الأول.

التفريع:

إن قلنا بأنها لا تصير أم ولد وجب على الأب المهر كما لو لم يحبلها، ولا فرق فيه بين أن تكون الأَمَة مطاوعةً أو مكرهةً إذا لم نوجب الحد [به][٤].

وحكى الإمام فيما إذا كانت مطاوعة في وجوبه وجهين عن العراقيين، وغلطهم فيه؛ فإنهم قطعوا بنفي الحد، وهذا [يشابه ما حكيته][٥] عنهم في وطء السيد المكاتبة.

ولا فرق في وجوب المهر بين أن يكون الأب موسرًا أو معسرًا. نعم، الموسر يؤخذ منه، والمعسر يثبت[٦] في ذمته إلى يساره.

وعن أبي الحسين حكاية وجه ضعيف: أنَّه إذا كان معسرًا لا يتبع به، ويجب عليه قيمة الولد باعتبار يوم انفصاله إن انفصل حيًّا، وإن انفصل ميتًا فلا شيء عليه.

ولا يجوز للابن بيع الجارية ما لم تضع؛ بناءً على منع بيع الحامل بحرٍّ[٧]، وهل تؤخذ قيمة الجارية من الأب في الحال للحيلولة؟ [فيه][٨] وجهان:

المذكور منهما في «الشامل» حكاية عن الأصحاب: نعم؛ كما في العبد الآبق.

وأصحهما في «التهذيب» وغيره - كما قال الرافعي [وغيره][٩]-: لا؛ لأن يده محرمة عليها[١٠]، وهو منتفع بها بالاستخدام وغيره، بخلاف ما إذا أبق العبد.

وهكذا الحكم في الجارية المغرور بحريتها، والموطوءة بالشبهة إذا أحبلها الواطئ.

ولو ملك الأب هذه الجارية يومًا من الدهر، فهل تصير أم ولده له؟ فيه

(١) في د، س: يثبت.
(٢) في س: يثبت.
(٣) في د، س: اليسار.
(٤) سقط في د، س.
(٥) في س: شابه من ذكرته.
(٦) في ب: ثبت.
(٧) في ب، س: بالخبر.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في د، س.
(١٠) في ب، س: تجز به.

القولان الآتيان.

وإن قلنا بالصحيح في أنها تصير أمَّ ولد، فلا بد من نقل الملك فيها للوالد[١]، وفي أي وقت ينتقل أوجه:

أحدها: قبيل العلوق؛ ليكون مسقط مائه [ملكًا له][٢] [صيانة][٣] لحرمته، وهو ما أورده في «التهذيب».

والثاني: مع العلوق؛ لأن العلوق هو علة نقل الملك، والمعلول يساوق العلة، وهذا ما ارتضاه الإمام.

والثالث: عند الولادة.

[والرابع: عند أداء القيمة بعد الولادة][٤].

وهذا [والذي][٥] قبله أوردهما[٦] الحناطي، وغيره حكى[٧] بدلهما وجهًا: أنها تنتقل إليه بعد العلوق.

وقضية كلام من فرق في الحكم بالاستيلاد[٨] بين الموسر والمعسر: أن يجيء في وقت الحكم بالاستيلاد الأقوال المذكورة في العتق، وهو الذي قال الإمام: إنه يجب؛ تخريجًا على هذا القول، [ولا شك في وجوب قيمة الأم على هذا القول][٩]، وكذا المهر عند الجمهور.

وأمَّا قيمة الولد فقد أطلق[١٠] ابن الصباغ القول بأنها لا تجب، ووجهه: بأنها وضعته في ملكه، وبسطه: أن الولد إذا انعقد حرًّا إنما تضمن قيمته حالة وضعه، فإذا كانت الأم في تلك الحالة مملوكة للواطئ فلا شيء عليه؛ كما لو علقت به في ملكه.

وحكى الإمام وجهين في وجوب قيمة الولد، وجزم آخِرًا بأنَّا إذا حكمنا بثبوت الاستيلاد فلا تجب قيمة الولد، وبني الرافعي الوجهين على وقت الحكم بانتقال الملك في الأم إلى الأب، [فقال: إن قلنا][١١]: قبيل العلوق، فلا تجب، وإن قلنا: بعد العلوق، وجبت، وإن قلنا: مع العلوق، فالأصحاب على الوجوب.

---

(١) في د: الولد.
(٢) في د، س: ملكه.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في د، س.
(٦) في ب: أورده.
(٧) في د: وحكى.
(٨) في د، س: في الاستيلاد.
(٩) سقط في س.
(١٠) في ب: فأطلق.
(١١) في ب: فإن قلنا.

وقال الإمام: العلوق على[1] هذا القول مصادف للملك، فكيف يقتضي إيجاب القيمة؟ وبنى على ذلك ما إذا فرض إنزال الماء مع تغييب الحشفة، فقد اقترن[2] موجب المهر بالعلوق، فقال: ينبغي أن ننزل المهر منزلة قيمة الولد، ويكون إطلاق الأصحاب لزومَ المهر محمولًا على ما إذا تأخر الإنزال عن موجب المهر كما هو الغالب، ولا شك في أن الجارية إذا لم تكن موطوءة للابن، وفرعنا على هذا القول تنقلب حلالًا للأب.

فرع: إذا كان ولده يملك بعض جارية، فاستولدها الأب[3]، وقلنا بأنها لو كانت بجملتها للابن كانت أم ولد له - فالجمهور على أنه إذا كان الأب موسرًا سرى إلى نصيب الشريك والولد حرٌّ، وإن[4] كان معسرًا لم يثبت الاستيلاد في نصيب الشريك، [والولد][5] نصفه حرٌّ ونصفه رقيق في أصح القولين.

وحكى أبو سعد الهروي وجهًا: أن الاستيلاد لا يثبت في نصيب الشريك [بحالٍ][6].

ولو كانت الموطوءة مكاتبة الابن: فمنهم من جزم بعدم نفوذ استيلاد الأب فيها؛ لأنها لا تقبل النقل؛ كأم الولد، ومنهم من أجرى الخلاف السابق فيها؛ لأنها تقبل الفسخ، بخلاف الاستيلاد، وهذا أصح[7] عند صاحب «التهذيب»، والأول هو الذي أورده أبو سعد الهروي.

أمّا إذا كان الأب رقيقًا ففي ولده وجهان:

أحدهما: أنه رقيق لرق أبويه.

والثاني- وبه أفتى القفال-: أنه حرٌّ كولد المغرور، وعلى هذا فتثبت قيمته في ذمّة الأب يتبع بها إذا عتق، وأمّا الجارية فلا تصير أمّ ولد له، والمهر واجب عليه لأجل عدم وجوب الحد، ويتعلق برقبته.

قال: وإن أولد جارية أجنبيٍّ بنكاحٍ أو زنى فالولد مملوك لصاحب الجارية؛ لأن الولد يتبع الأم وهي مملوكة.

قال: ولا تصير الجارية أمّ ولد [له][8] أي: وإن ملكها؛ لأنها تثبت لها تبعًا

---

(١) في د، س: في.
(٢) في د: افترق.
(٣) في ب: للأب، وفي د: العبد.
(٤) في س: أو إن.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في س.
(٧) في د، س: هو الصحيح.
(٨) سقط في س.

لحرية[١] الولد، والولد في هذه الحالة رقيق، ويدلّ على ذلك قوله ﷺ حين موته: «مَا خَلَّفْتُ دِينَارًا، وَلا دِرْهَمًا، وَلا عَبْدًا، وَلا أَمَةً»، فقالت له عائشة - رضي الله عنها-: فمارية؟ قال: «تِلْكَ أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»[٢] وعنى به ﷺ إبراهيمَ الذي أَتَتْ به منه.

وهكذا الحكم فيما لو ملكها في حال الحمل كما صرح به القاضي الحسين.

قال البندنيجي وغيره: ولا يتصور عندنا أن تعلق الأمة بولد مملوك، ثم تصير أمّ ولد إلا في مسألة واحدة على أحد القولين، وهي إذا وطئ المكاتب أمته فأحبلها[٣].

فرع: إذا أتت أمته[٤] التي اشتراها بولد لأقل من ستة أشهر من حين الشراء فالحكم أنّه حرٌّ، ولا تصير [الجارية][٥] أمّ ولد كما ذكرنا، وإن كان لأكثر من ستة أشهر وهو يطؤها صارت أم ولدٍ، قال القاضي الحسين: قولًا واحدًا، ولو لم يطأها وادّعى الاستبراء فلا تصير أم ولد، والولد لاحقٌ به إلى أربع سنين، وإن لم يدع الاستبراء فهل تصير أمّ ولد [له][٦]؟ فيه وجهان.

[قال:][٧] [وإن كان][٨] **بشبهة** أي: شبهة أنها زوجته الحرة، أو أمته، أو أم ولده - فالولد حرٌّ؛ نظرًا إلى ظن أبيه.

وحكى البندنيجي عن أبي إسحاق: أن أحد الشريكين إذا وطئ الجارية المشتركة بعد أن أحبلها شريكه، وحكمنا بسريان الاستيلاد إلى جميعها، وكان الثاني جاهلًا بالتحريم - أن الولد ينعقد رقيقًا، إذا كان الواطئ معسرًا، ثم قال: وفيه نظرٌ.

قلت: وقياس قول أبي إسحاق أن يطرده[٩] في كل وطء بشبهة[١٠]، [ويحكم

---

(١) في ب، س: لحرمة.

(٢) لم أقف عليه بهذا التمام، وأخرج شطره الأخير ابن ماجه (٨٤١١٢) كتاب العتق، باب: أمهات الأولاد، برقم (٢٥١٦)، والدارقطني (٤/ ١٣) كتاب المكاتب، والحاكم (٢/ ٢٣) كتاب البيوع، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٣٤٦) كتاب عتق أمهات الأولاد، باب: الخلاف في أمهات الأولاد، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، قال: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ فقال عنها: «أعتقها ولدها».

(٣) في س: وأحبلها. (٤) في ب، س: زوجته. (٥) سقط في س.

(٦) سقط في ب، س. (٧) سقط في س. (٨) في التنبيه: وإن أولد جارية أجنبي.

(٩) في س: يطرد. (١٠) في ب، د: شبهة.

برقه الولد إذا كان أبوه][(١)] معسرًا، إلا أن يكون القائل لهذا يلاحظ كون الموطوءة لا تقبل النقل؛ [فيختص جريانه بمملوكة لا تقبل[(٢)] النقل][(٣)] كالموقوفة، لكن لو كان هذا المأخذ لَمَا فرَّق بين الموسر والمعسر.

قال: والجارية ليست بأم ولد [له][(٤)] **في الحال**؛ لأنها ليست مملوكة [له][(٥)]، فإن ملكها ففيه قولان:

أحدهما: أنها تصير أمّ ولد له؛ لأن العلوق بالولد الحر في الملك[(٦)] سبب [في][(٧)] الحرية بعد الموت؛ كما أنَّ القرابة عند وجود الملك سبب للعتق في الحال، ثم لَمَّا كان الملك إذا طرأ على القرابة حصل العتق في الحال كذلك الملك إذا طرأ [على الأمة][(٨)] بعد انعقاد الولد حرًّا ثبت[(٩)] العتق بعد الموت، وهذا ما اختاره في «المرشد» والإمام في كتاب «السير»، وبه جزم البغوي ثم، وهو المحكي عن نصه في «حرملة» و«المختصر».

والثاني: لا تصير؛ لأنها علقت منه في غير ملكه، فأشبه ما لو علقت منه في نكاح.

قال الإمام: «ولأن هذا العلوق لو كان يثبت أمية الولد لما بعد أن [يقبضها على الفور][(١٠)] إذا كان الواطئ[(١١)] موسرًا، [وكنا ننقل][(١٢)] الملك إليه كصنعنا في تسرية العتاقة على القول الأصح، فإذا لم نفعل[(١٣)] ذلك فلا أثر للعلوق في الثاني؛ كما لا أثر [له][(١٤)] في الحال.

وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب وغيره [في كتاب «السير»][(١٥)] عن نصه في «الأم»، وهذا الخلاف جارٍ فيما لو غر[(١٦)] بنكاح أمة؛ فإن ولده منها ينعقد حرًّا، وهل تصير أمَّ ولد إذا ملكها؟

---

(١) في د، س: إذا كان الواطئ.
(٢) في س: تصل إلى.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د، س.
(٥) سقط في س.
(٦) في س، د: المملوك.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في ب.
(٩) في ب: أثبت، وفي س: يثبت.
(١٠) في د، س: يقتضيه في الحال.
(١١) في ب، س: المولد.
(١٢) في د: كما ينقل.
(١٣) في ب: يفعل.
(١٤) سقط في د، س.
(١٥) سقط في د، س.
(١٦) في ب، س: عير.

ورجح الإمام القول بعدم النفوذ هنا، أمَّا إذا ظنَّ الواطئ أنها زوجته الأمة فالولد ينعقد رقيقًا لظنه.

وهذا ما حكاه الإمام عن شيخه عند الكلام في وطء جارية من المغنمه، ثم قال: ورأيت لغير شيخي ما[١] يدل على أنَّه حر، كما لو وطئ المغرور زوجته التي حسبها[٢] حرة، [ووطئها جاريةً][٣]، وقدَّر نفسه جاريته زانيًا[٤] - فإن الولد [ينعقد حرًّا][٥]، وإن كان الواطئ [غيرَ بانٍ][٦] أمره على وطء حرة، وهو عندي غلطٌ.

قال: وإن وطئ جارية، فوضعت ما لم يتصور فيه خلق آدمي، وشهد[٧] أربع من القوابل أنه لو ترك لكان آدميًّا - ففيه قولان، ستقف على شرحهما في باب «العدد».

و«القوابل» جمع «قابلة»: وهي التي تتلقى الولد عند الولادة، يقال: قَبِلَتِ القَابِلَةُ المرأَةَ - بكسرِ البَاءِ- تَقْبَلُهَا [- بفتحها -][٨] قِبَالَةً، بكسر القاف.

قال الجَوْهَرِيُّ: «ويقال للقابلة أيضًا: قَبِيل، وقَبُول».

قال: ولا يجوز بيع أم الولد لما ذكرناه في أول [كتاب][٩] «البيع».

قال أبو إسحاق: وليس للشافعيّ - رضي الله عنه - فيها إلا هذا القول.

وقال المزني: إنه قطع في خمسة عشر كتابًا بعتق [أم الولد][١٠]، ووقف[١١] في غيرها. وهذا إنما هو قول حكاه الشافعي عن الغير، وليس بتوقفٍ منه فيه.

قال: ولا هبتها، ولا الوصية بها؛ لأن ذلك ينقل الملك فيها إلى الغير؛ فلم يجز كالبيع، وكما لا تجوز هذه التصرفات فيها لا تجوز في ولدها الحادث بعد ثبوت الاستيلاد من نكاح أو زنى قولًا واحدًا، ويعتق [ولدها][١٢] بموت السيد [كما تعتق هي، ولا يبطل سبب العتق في حقه بموت الأم قبل السيد][١٣].

---

(١) في ب، س: بأنه.
(٢) في ب: يحبها، وفي س: يحسبها.
(٣) في ب: وطئها جار، وفي س: ظنها جار.
(٤) في ب: رأسًا.
(٥) في ب، س: حرٌّ.
(٦) في د: غره أو.
(٧) في س: فشهد.
(٨) سقط في س.
(٩) سقط في د، س.
(١٠) في ب: أمهات الأولاد.
(١١) في د: وقفت.
(١٢) سقط في د، س.
(١٣) سقط في س.

ولو وطئ أمة الغير بشبهة، ثم حدث لها أولاد من غيره من نكاح أو زنى، ثم ملكها مع أولادها - لا يثبت حكم الاستيلاد [لهذه الأولاد][٢].

ولو اشتراها وهي حامل بولد رقيق، قال الإمام: فهذا موضع النظر، يجوز أن يقال: يتعدى الاستيلاد إليه؛ كما في تعدي حرية التدبير إلى الولد، وإن في كلام الصَّيْدَلاَنِيّ رمزًا إليه.

قال: [illegible]وز **استخدامها وإجارتها، ويجوز وطؤها**؛ لخبر ابن عمر - رضي الله عنهما - وكذا يجوز أن يكاتبها؛ لأنه يملك كسبها، فإذا أعتقها على بعضه جاز، وهذا أخذ من نصّ[٣] الشافعيّ على أنه إذا استولد المكاتبة صارت أمّ ولد والكتابة بحالها.

وقال ابن القاص: لا تجوز كتابتها؛ لأنها عقد على رقبتها فأشبه البيع والهبة والرهن، وقال: قول الشافعيّ إنما دلّ على الاستدامة، فأمّا في الابتداء فلا؛ كما لا تنافي العدة والردة استدامة النكاح وتنافي ابتداءه.

فرع: إذا جوَّزنا كتابة أم الولد، فأدّت المال عتقت بحكم الكتابة، وتبعها أولادها الحادثون بعد الكتابة في العتق إن قلنا: المكاتبة يتبعها ولدها، وإن قلنا: لا يتبعها، تأخر عتقهم إلى موت السيد.

ولو مات السيد قبل الأداء [أو العجز][٤] عتقت بحكم الاستيلاد، وكذا أولادها، وحكى القاضي الحسين عن القفال: أنها تعتق بحكم الكتابة، وكذا أولادها إن قلنا: إن الولد يتبع أمه في العتق بالكتابة وإلا عتقوا بحكم الاستيلاد، كذا[٥] حكاه في كتاب الكتابة.

قال: **وفي تزويجها ثلاثة أقوال:**

أصحها: أنه يجوز؛ لأنه يملك رقبتها ومنافعها حتى الاستمتاع، فملك تزويجها برضاها وبدونه كالمدبرة. وهذا هو الجديد.

والثاني[٦]: **لا يجوز**؛ [أي][٧]: وإن رضيت؛ لأنها ناقصة في نفسها، وولاية

---

(١) في ب، س: ولدها.
(٢) في ب، س: لهذا الولد.
(٣) في د، س: قول.
(٤) سقط في ب، وفي د: والعجز.
(٥) في ب، س: وكذا.
(٦) زاد في د: أنه.
(٧) سقط في د، س.

الولي عليها ناقصة؛ فأشبهت الصغيرة إذا زوجها الأخ برضاها. وهذا منصوص في القديم، واختاره القفال. فعلى هذا: هل يملك الحاكم تزويجها [بإذنها وإذن](١) السيد كما قاله الإمام؟ فيه وجهان: اختيار أبي إسحاق والإصطخري: المنع، كما حكاه في «البحر»، وحكاه البندنيجي وابن الصباغ والمصنف عن [ابن](٢) أبي هريرة، ونسبوا الجواز إلى الإصطخريّ.

والثالث: يجوز له برضاها؛ لأنه ثبت(٣) لها حق الحرية بسبب لا يملك [السيد](٤) إبطاله، فلا يملك تزويجها بدون إذنها؛ لما فيه من الإضرار بها بعد العتق، وملكه بإذنها كالمكاتبة.

وهذا ما اختاره في «المرشد»، وهو القديم(٥).

وحكم تزويج [بنت أمّ](٦) الولد التابعة لها في الاستيلاد حكم الأم، وولدها لا يجبره السيد على النكاح، وهل يجوز تزويجه بإذن السيد؟ فيه وجهان في «البحر».

قال: وتعتق أمّ الولد بموت السيد من رأس المال:

أمَّا عتقها؛ فلما ذكرناه من خبر ابن عباس وابن عمر، ولأنَّا قد حكمنا بانعقاد الولد حرًّا، وهو من المستولِد ومنها، فقد انعقد [جزء منها](٧) على الحرية فاستتبع الباقي؛ كالعتق، لكن العتق فيه قوة فأثر في الحال، وهذا فيه ضعف فأثر بعد الموت.

وأمَّا كونه من رأس المال؛ فلأنه إتلاف حصل بالاستمتاع فأشبه الإتلاف

---

(١) في ب: بإذن.

(٢) سقط في س.

(٣) في د، س: يثبت.

(٤) سقط في د، س.

(٥) قوله: وفي تزويجها ثلاثة أقوال:
أصحها: أنه يجوز.
والثاني: لا يجوز مطلقًا.
ثم قال: والثالث يجوز له برضاها؛ لأنه ثبت لها حق الحرية بسبب، لا يملك السيد إبطاله؛ فلا يملك تزويجها بدون إذنها؛ لما فيه من الإضرار بها بعد العتق، وتملكه بإذنها كالمكاتبة.
وهذا ما اختاره في المرشد، وهو القديم. انتهى كلامه.
وما ذكره في آخر كلامه من أن هذا القول قديم ليس كذلك، بل هو المنصوص عليه في الأم لا غير. فقال: وليس له أن يزوجها وهي كارهة. هذا لفظه. [أ و].

(٦) سقط في س.

(٧) في ب، س: حرمتها.

بالأكل والشرب واللباس، وبالقياس على مهر مثل من تزوجها في مرض موته، وقد حكينا في كتاب «البيع» أن من أصحابنا من حكى عن القديم: أنها لا تعتق بموت السيد، ويكون الاستيلاد كالاستخدام، وهو - كما قال القاضي الحسين - مستنبطٌ من نصين[١] للشافعي - رضي الله عنه-:

أحدهما: في كتاب الرهن حيث قال: «أمّ الولد تعتق بموته في قول من [قال][٢] بعتقها فمفهوم هذا أن له قولًا آخر: أنها لا تعتق بموته.

والثاني: قال في كتاب الظهار: «ولا تجزئ أمُّ الولد عن الكفارة في قول من لا يبيعها»؛ فدلّ على [أنّ له][٣] قولًا آخر: أنها تباع، والأصح الأول، وإنما حكى الشافعي - رضي الله عنه - ذلك عن مذهب الغير؛ فإن الإمام علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - خطب على المنبر بـ«الكوفة» فقال: «أجْمَعَ [رأيي][٤] ورأيُ أمير المؤمنين عمر ألا تباع أمهات الأولاد، وأنا الآن أرى بيعهن»، فقال له[٥] عبيدة السَّلْمَانيّ: «رأيك مع أمير المؤمنين أحبُّ إلينا من رأيك وحدك»، وفي رواية: «[رأيك][٦] مع الجماعة أحبُّ إلينا من رأيك في الفرقة» فأطرق رأسه ثم قال: «اقضوا فيه ما أنتم تقضون؛ فإني أكره أن أخالف أصحابي». ومن هذا قال بعض أصحابنا: إنه رجع عنه، وبعضهم قال: إنه لم يرجع [عنه][٧].

قال: وإن جنت أمُّ الولد أي خطأ أو عمدًا، وعفي[٨] عنها على مال فداها السيد[٩] **بأقل الأمرين من قيمتها أو أرش الجناية**؛ لأنه منع بيعها بالإحبال، ولم يبلغ إلى حالة يتعلق الأرش بذمتها؛ فلزمه[١٠] ضمان جنايتها، كما لو جنى الرقيق وامتنع مولاه من بيعه، وهذا ما جزم به العراقيون، ولم يجروا فيه القول المذكور فيما إذا جنى العبد وأراد السيد أن يفديه من أنه يفديه بأرش[١١] الجناية بالغًا[١٢] ما بلغ[١٣]، بل نفوه؛ لأن ثَمَّ البيع ممكن فربما يرغب [زبون في شرائه][١٤]

---

(١) في ب: نص.
(٢) سقط في ب، س.
(٣) في س: أنه.
(٤) سقط في س.
(٥) زاد في د، س: أبو.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في ب، س.
(٨) في ب: أو عفى، وفي س: عفى.
(٩) في التنبيه: المولى.
(١٠) في ب: فلزمها.
(١١) في د، س: من أرش.
(١٢) في س: بالغة.
(١٣) في د، س: بلغت.
(١٤) في د، س: فيه.

بزيادة توفي أرش الجناية، وهاهنا البيع غير ممكن؛ فانتفى الاحتمال الذي لأجله أثبتنا الفداء بأرش الجناية بالغًا ما بلغ، وقد أجرى المراوزةُ هذا القول هاهنا أيضًا.

فرع[١] : لو ماتت أمّ الولد عقيب الجناية من غير فصل، فهل يجب على السيد الأرش أم يسقط؟ فيه وجهان، أصحهما - وهو اختيار ابن الحداد-: أنّه لا يسقط، بخلاف العبد القن. ذكره الرافعي عند الكلام في جنايةِ العبد الموقوف.

[قال][٢]: **فإن فداها بقيمتها ثم جنت جناية أخرى ففيه قولان:**

أحدهما[٣] : **يفديها في الثانية أيضًا بأقل الأمرين**؛ لأنه مانع من بيعها عند الجناية الثانية، كما كان مانعًا من بيعها عند [الجناية][٤] الأولى. وهذا ما اختاره المزني وأبو إسحاق وقال: إنه أشبه بالحق. ورجحه [صاحب «التهذيب»][٥]، وبه قطع بعضهم.

والثاني أنه: لا يلزمه شيء آخر؛ لأن استيلاده إتلاف، ولم يوجد [منه][٦] سوى مرة واحدة؛ فلم يلزمه سوى فدية واحدة، كما لو جنى العبد جنايات عدّة، ثم قبله سيده[٧]، وهذا هو الصحيح، والمختار في «المرشد» وغيره، وبه جزم بعضهم.

قال: **يشارك المجني عليه ثانيًا المجني عليه أولًا فيما أخذ، ويشتركان** [فيه][٨] **على قدر الجنايتين** أي: على هذا القول؛ لتعين ذلك طريقًا لدفع الضرر، ولأن تسليم قيمتها كتسليم رقبة العبد، [ولو سلم رقبة العبد][٩] فلم يبع [حتى][١٠] جنى جنايات - اشترك الجميع في ثمنه؛ فكذلك هاهنا، ولو جنت الجناية الثانية قبل أن يفديها سيدها[١١] عن الجناية الأولى، [وإن كان أرش الجناية الأولى][١٢] قدر قيمتها [أو أكثر][١٣]، فإن قلنا: إن المجني عليه ثانيًا لا يشارك، قال القاضي الحسين: فهاهنا وجهان[١٤]:

---

(١) في س: قال. (٢) سقط في د. (٣) في د: أصحهما.
(٤) سقط في ب، س. (٥) في د، س: البغوي. (٦) سقط في د.
(٧) في س: السيد. (٨) سقط في د. (٩) سقط في د، س.
(١٠) سقط في د. (١١) في ب: السيد. (١٢) سقط في ب، س.
(١٣) في س: وأكثر. (١٤) في س: قال القاضي الحسين.

أحدهما: أن الحكم كذلك كما هو مفهوم كلام الشيخ، [وبه جزم الإمام حيث جعل جميع الجنايات قبل الفداء كالجناية الواحدة][١].

والثاني: لا.

والفرق - كما قال-: إنه بالأخذ [قد][٢] استقر ملكه على الأرش، ولو قلنا: يشاركه، أدّى إلى أن ينقض حكمنا السابق، بخلاف ما إذا لم يكن قد قبض.

وعن «شرح مختصر الجويني» للموفق بن طاهر حكاية طريقين في موضع الخلاف عند تخلل الفداء، فعن بعضهم: أنَّه إذا دفع الفداء بنفسه إلى المجني عليه [أولًا][٣]، أمَّا إذا دفعه بقضاء القاضي، فنقطع بأنه لا يلزمه شيء آخر.

وعن ابن أبي هريرة أنه [قال][٤]: لا فرق بين الحالتين.

قال: وإن أسلمت أم ولد النصراني[٥] **حيل بينه وبينها** أي: بأن توضع على يد امرأة عَدْلٍ أو محرم لها؛ لأن البيع فيها متعذرٌ، إلزامه[٦] [إعتاقها][٧] تخسير؛ فتعين ذلك طريقًا لدفع إذلال الكافر لها[٨].

قال: **وأنفق عليها إلى أن يموت**؛ لأنها باقية على ملكه، ونفقة الرقيق على مالكه.

قال:[٩] **فتعتق** كأم ولد المسلم.

وفي طريقة المراوزة وجه: أنه يجبر على إعتاقها، وإيراده في «الوسيط» في أول كتاب البيع يفهم أنه تعتق بنفسها، وعلى المذهب أكسابها [قبل موت السيد][١٠] ملكه، وتكلف الاكتساب؛ كي لا[١١] يفوت حقه فيها.

ولو أرادت التزويج، [وجوّزنا تزويجها][١٢] برضاها زَوَّجها الحاكم، وكان للسيد مهرها، وكذلك إذا قلنا: [له تزويجها][١٣]كرهًا، يزوجها [الحاكم][١٤] بإذنه.

---

(١) سقط في ب، س.
(٢) سقط في ب، س.
(٣) سقط في د، س.
(٤) سقط في ب، س.
(٥) في ب: نصراني.
(٦) في ب: والتزامه.
(٧) في د، س: عتقها.
(٨) في د، س: عنها.
(٩) زاد في د، س: إلى أن.
(١٠) في ب، س: بعد موته.
(١١) في د، س: إلى أن.
(١٢) في د، س: وزوجناها فزوجها.
(١٣) في د، س: إنه يزوجها.
(١٤) سقط في ب.

وقال بعض الخراسانيين: لا يجوز للحاكم أن يزوجها، وهو الأظهر عند الروياني واختاره القفال.

وروى وجهًا آخر: أنه يزوجها الكافر؛ لأنه تصرف بالملك. فلا[(١)] يمنعه اختلاف الدين، ونسبه الرافعي في كتاب «النكاح» إلى ابن الحداد.

فروع:

إذا أحبل جارية الغير بنكاح، ثم أوصى له بالولد فهل يجوز أن يشتري الأم [أم لا][(٢)]؟

الأصح في «تعليق» القاضي الحسين: أنه لا يجوز؛ كما لو باعها من غيره.

إذا كانت له جارية، فقال: هذه [أم][(٣)] ولدي، ومات قبل البيان - فهل تصير أمّ ولد [له][(٤)]؟ فيه وجهان، قال القاضي الحسين: ينبنيان على ما لو قال رجل: هذه الجارية ابنة أَمَتي، وأقام بينة على ذلك، ولم يقل: إنها [ولدتها في ملكه، فهل يحكم له بالملك؟ فيه قولان: الجديد: لا، وعلى القديم: نعم، فعلى الأول: لا يحكم بأنها][(٥)] أم ولده، وعلى الثاني: يحكم، قال: وهو الأصح هنا.

إذا شهد شاهدان على شخص بأنه استولد جاريته في ملكه، ثم رجعا[(٦)] - قال الشيخ أبو علي: لا يغرمان شيئًا؛ فإنهما لم يفوتا الماليَّة، ولم يحققا العتق في الحال، وإنما امتنع البيع بشهادتهما.

قال الإمام: وليت شعري ماذا يقول إذا مات المولى، وفات الملك؛ فإن [الملك فات][(٧)] بسبب الشهادة، والذي نراه: أن الغرم يجب في هذه الحالة للذين كانت الرقبة تصرف إليهم لولا [وجود الحكم بالاستيلاد][(٨)]، والله أعلم.

* * *

(١) في س: ولا.
(٢) في د، س: أو لا.
(٣) سقط في ب، س.
(٤) سقط في د، س.
(٥) سقط في د.
(٦) في د، س: رجعها.
(٧) سقط في د.
(٨) في ب، س: الاستيلاد.

باب الولاء

الوَلَاءُ - [بفتح الواو وبالمد][1] - مصدر: مَوْلى، والمولى: مَفْعَل من «الولاء»، و«الولاء» مشتق من «الموالاة»، وهي المقاربة[2]، فسُمّي الولاءُ ولاءً؛ لأنه لمعتقه موالٍ كأحد قرابته، أو لأنه ينتسب بالإعتاق إلى سيده الذي أعتقه، كما ينتسب[3] القريب لقريبه؛ ولهذا أشار ﷺ بقوله: «مَوَالِي الْقَوْمِ مِنْهُمْ»[4].

وقيل: إنما سُمّي الولاءُ ولاءً؛ لأن بين الموالي اختلاطًا وامتشاجًا كما أن بين الأنساب اختلاطًا.

وهو في الشرع عبارة عن: عصوبة متراخية عن عصوبة النسب يرث بها المعتق، ويلي أمر النكاح والصلاة [عليه، ويعقل، والذكور][5] من عصبته من بعده.

وقيل: إنه أثر نعمة أنعمها المعتق على المعتَق، وحقيقته ترجع إلى انتساب المنعَم [عليه إلى المنعم][6].

ثم ذلك الانتساب يثبت أحكامًا، ويقال[7] لكل من المعتق والمعتَق: مولى، وكذا يطلق على العم وابن العم وجميع الأقرباء: مولى.

والأصل فيه قبل الإجماع من الكتاب قوله - تعالى-: ﴿فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

ومن السنة ما روي أنّه ﷺ قال: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ، لاَ يُبَاعُ ولَا يُوهَبُ»[8]، ومعناه: [امتشاج كامتشاج][9] النسب، [واختلاط كاختلاطِه][10]،

---

(١) في د، س: بالفتح. (٢) في س: المقارنة. (٣) في ب، أ: ينسب.

(٤) أخرجه البخاري (١٣/ ٥٤٠) كتاب الفرائض، باب: مولى القوم من أنفسهم، وابن الأخت منهم (٦٧٦١)، من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه مرفوعًا «مولى القوم من أنفسهم».

(٥) في د: ويعقل. (٦) سقط في د. (٧) في د، س: أو يقال.

(٨) أخرجه محمد بن الحسن الشيباني في «كتاب الولاء» كما في «تلخيص الحبير» (٤/ ٢١٣) ومن طريقه الشافعي في «المسند» (٢/ ٧٢) كتاب العتق، باب: المكاتب والولاء، حديث (٢٣٧)، والحاكم (٤/ ٣٤١) كتاب الفرائض، باب: الولاء لحمة كلحمة النسب، والبيهقي =

و«لحمة»: بفتح اللّام وضمها.

وقوله ﷺ في خبر بَرِيرَةَ الذي ذكرناه في أوائل البيع: «إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»(١).

ثم الأحكام الثابتة بسبب الولاء - كما قال الروياني وغيره-: ثلاثة: الميراث، والولاية في النكاح والصلاة على الميت، والعقل(٢)، وهو لا يورث، وإلّا لاشترك فيه الرجال والنساء.

قال: ومن(٣) **عتق عليه مملوك بملك**: يعني: قريبه إذا ورثه أو تملكه ببيع [أو اتهاب](٤) أو وصية.

قال: **أو بإعتاقه أو بإعتاق غيره عنه**(٥): **بإذنه، أو بتدبيره، أو بكتابته. أو باستيلاده - فولاؤه له**:

أمّا إذا باشر عتقه أو تسبب فيه؛ فلقوله ﷺ: «إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»(٦).

وأمّا في الباقي؛ فلأنه عتق عليه فكان(٧) ولاؤه له؛ كما لو باشر عتقه أو

= (١٠/ ٢٩٢) كتاب الولاء، باب: من أعتق مملوكًا له، كلهم من طريق محمد بن الحسن الشيباني عن يعقوب بن إبراهيم، عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر به.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وتعقبه الذهبي فلم يصححه.
وقال البيهقي عقب الحديث: قال أبو بكر بن زياد النيسابوري: هذا الحديث خطأ؛ لأن الثقات لم يرووه هكذا، وإنما رواه الحسن مرسلًا اهـ. وهذا المرسل أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٩٢): كتاب الولاء: باب من أعتق مملوكًا له.
قال الألباني في «الإرواء» (٦/ ١١٠): وإسناد هذا المرسل صحيح وهو مما يقوي الموصول الذي قبله على ما يقتضيه بحثهم في المرسل من علوم الحديث؛ فإن طريق الموصول غير طريق المرسل؛ ليس فيه راوٍ واحد مما في المرسل؛ فلا أرى وجهًا لتخطئته بالمرسل بل الوجه أن يقوى أحدهما بالآخر اهـ.

(٩) في ب: أمشاجًا كأمشاج.
(١٠) في د، س: واختلاطه.
(١) تقدم تخريجه.
(٢) قوله: ثم الأحكام الثابتة بسبب الولاء كما قال الروياني وغيره - ثلاثة: الميراث، والولاية في النكاح، والصلاة على الميت والعقل. انتهى كلامه.
ويرد على هذا الحصر التقديم في غسل الميت، وفي دفنه أيضًا، وإنما عبر بثلاث مع كونه قد ذكر أربعًا؛ لأنه جعل النكاح والصلاة نوعًا واحدًا، وهو الولاية. [أ و].
(٣) في س: من. (٤) سقط في د، س. (٥) زاد في ب، س: أي.
(٦) تقدم. (٧) في س: وكان.

[تسبب فيه][1].

ولو باع عبده من نفسه وصححناه، فقد ذكرنا في باب العتق أن الولاء عليه لسيده على الأصح.

وقيل: لا ولاء عليه، وهو ما اختاره في «المرشد».

واحترز الشيخ بقوله: «بملك» عما إذا شهد بحرية[2] عبدٍ، ثم اشتراه؛ فإنه يعتق عليه لإقراره بحريته، لا يملك، ولا يكون ولاؤه له، بل هو موقوف.

وقال المزني: إنه يسلم له من ميراثه أقل الأمرين من الذي بذله وجملة ميراثه. وهو ما قال الغزالي: إنّه أقوم. [والإمام: إنه حسن بالغ][3]. وصححه في «التهذيب»، وحكاه عن ابن سريج وأبي إسحاق أيضًا، وأن الشيخ قال: يمكن[4] بناؤه على أنه شراء أو فداء، فإن قلنا: فداء، فلا[5] يأخذ؛ لأنه متطوع ببذل الثمن، وإن قلنا: شراء، أخذ.

وعلى ذلك جرى المتولي في كتاب «الصلح»، فجزم بأنه بيع، وأن الولاء [فيه][6] للمشتري، وإن حكى الخلاف في موضع آخر، [والإمام بناه على أن اختلاف الجهة هل يمنع المطالبة، كما إذا قال: له عليَّ ألف هو قيمة عين أتلفتها وقال المالك: بل من جهة ضمان، وفيه خلاف، والأصح: أنَّه لا يمنع، واطراح النزاع في الجهة][7].

وقوله: [«بملك»، يقال][8] بكسر الميم وفتحها، [قال أهل اللغة: ملكت الشيء، أملكه مِلكًا - بكسر الميم - وهو مِلك بفتح الميم وكسرها][9]، والفتح أفصح كما قاله ابن قتيبة والجوهري وغيرهما[10].

---

(١) في س: نسب إليه. (٢) في ب: بعتق. (٣) سقط في د، س.
(٤) في س: ويمكن. (٥) في ب، د: لا. (٦) سقط في: ب.
(٧) سقط في د، س. (٨) سقط في د، س. (٩) سقط في د، س.
(١٠) قوله: قال الشيخ: ومن عتق عليه مملوك بملك، أو بإعتاق... إلى آخره، ثم قال: وقول الشيخ: بملك، يقال: (بكسر الميم وفتحها)، قال أهل اللغة: ملكت الشيء أملكه ملكًا بكسر الميم، وهو ملك يميني بفتح الميم وكسرها، والفتح أفصح كما قاله ابن قتيبة والجوهري وغيرهما. انتهى كلامه.
واعلم أن هذا الكلام ذكره النووي في لغات التنبيه، فأخذه منه المصنف، والنقل الذي نقله عن الجوهري وغيره، وهو أن الملك المطلق -بكسر الميم-، والمقيد باليمين، فيه وجهان: =

ولا فرق في ثبوت الولاء لمن[١] ذكرناه بين أن يكون مسلمًا والمعتق كافرًا أو بالعكس.

نعم، لا يرث منه؛ كما نقول: القرابة بين المسلم والكافر ثابتة[٢]، ولا يرث منه، صرَح به في «البحر» وغيره.

قال[٣]: وإن عتق[٤] **على المكاتب عبد**[٥] أي: أعتقه بإذن سيده، أو كاتبه وجوزناه، فأدّى النجوم إلى المكاتب الأول - **ففي ولائه قولان:**

أحدهما: أنّه[٦] **لمولاه**؛ لأن العتق [لا][٧] ينفك عن الولاء، والمكاتب ليس من أهله؛ [فتعين للمولى][٨].

على هذا قال القفال: ينبغي أن يجزئ عن كفارة السيد إذا نوى وأعتقه المكاتب بإذنه.

ولو عتق المكاتب [بعدُ][٩] فهل ينجرُّ الولاء إليه؟ فيه وجهان في[١٠] «الحاوي» عن رواية ابن أبي هريرة، وحكاهما الإمام عن رواية صاحب «التقريب»، والصحيح وبه جزم البندنيجي: [لا][١١].

قال: **والثاني: أنه موقوف على عتقه، فإن عتق** أي: بسبب الكتابة -كما حكاه القاضي الحسين عن ظاهر النص- **فهو له، وإن عجز فالولاء لمولاه**؛ لأن حكم المكاتب في نفسه وماله موقوف، ولأن المكاتب باشر العتق؛ فيستحيل أن[١٢] يكون الولاء للسيد الذي لم يباشر؛ للخبر[١٣]؛ فيوقف [عليه][١٤]، وهذا ما اختاره في «المرشد»، فعلى هذا: لو مات العبد الذي أعتقه[١٥] المكاتب، فميراثه يكون موقوفًا، نصّ عليه الشافعي- كما نقله في «البحر» - واختاره في «المرشد».

وقال الشيخ أبو حامد والقاضي الحسين: فيه قولان:

أحدهما: هذا.

= أفصحهما الفتح نقل صحيح، لكن الملك في كلام الشيخ ليس مقيدًا باليمين، حتى يقول فيه ما قال. [أ و].

(١) في ب: بما.
(٢) في ب: بائنة.
(٣) في ب: وقال.
(٤) في س: وأعتق.
(٥) في س: عبدًا.
(٦) في د: أن ولاءه، وزاد في س: ولاؤه.
(٧) سقط في س.
(٨) في د: فيتعين الولاء.
(٩) سقط في ب.
(١٠) في س: عن رواية.
(١١) سقط في س.
(١٢) في ب، س: ألّا.
(١٣) في د: التنجيز.
(١٤) سقط في د، س.
(١٥) في ب، د، س: عتقه.

والثاني: يكون ميراثًا للسيد؛ لأن الولاء يجوز أن يتوقف فيثبت لشخصٍ، ثم ينجر إلى غيره، والميراث لا يجوز أن يوقف قط، وذكر القفال - كما نقله في «البحر» - وصاحب «التقريب» كما حكاه[١] الإمام وجهًا [آخر][٢]: أنه يصرف ماله إلى بيت المال، والصحيح الأول.

فرع: لو مات المكاتب الثاني أو المعتق، وقلنا[٣]: [يكون ميراثه موقوفًا، ثم مات المكاتب الأول أو عجز، ثم مات السيد - فإن المال[٤]][٥] يكون لجميع الورثة الذكور والإناث.

قال القاضي الحسين: لأن هذا ميراث يتلقونه من جهة أبيهم، ليس سبيله سبيل الولاء.

قال: **وإن تزوج عبد لرجل بمعتقة لرجل، فأتت** [منه][٦] **بولد - كان ولاء الولد لمعتق الأمة**؛ لأنه المنعم عليه؛ لأنه عتق بإعتاق الأم؛ فكان ولاؤه لمولاها.

قال: **فإن أعتق الأب بعد ذلك**[٧] **انجر الولاء من مولى**[٨] **الأم إلى مولى**[٩] **الأب**؛ لما روي أن الزبير بن العوام رأى فتية ظرافًا، فأعجبه ظرفهم، فسأل عنهم، فقالوا[١٠]: رافع بن خديج زوّج أمته من غلام فلان الأعرابي، ثم أعتق رافع أمهم، فهؤلاء منها، فمضى الزبير، واشترى الغلام من الأعرابي وأعتقه، ووجّه إلى رافع: أن ولاءهم لي؛ فتحاكما إلى عثمان -رضي الله عنه- فحكم بالولاء للزبير، ولا يعرف لهم مخالف.

ولأن الولاء فرع النسب، والنسب معتبر بالأب، وإنما يثبت[١١] لموالي الأم؛ لعدم الولاء من جهة الأب، فإذا ثبت الولاء من جهة الأب، عاد الولاء إلى موضعه: كولد الملاعنة ينسب إلى الأم؛ لعدم الأب، فإذا اعترف به الأب ثبت نسبه [منه][١٢].

وقال القاضي أبو الطيب: قولنا ينجر [الولاء][١٣]، مجاز؛ فإن الولاء لا ينجر،

---

(١) في د: نقله.
(٢) سقط في س.
(٣) في ب: ثم قلنا.
(٤) في س: الميراث.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في س.
(٧) في التنبيه: أب الولد.
(٨) في د: موالي.
(٩) في د: موالي.
(١٠) في ب، د: قالو.
(١١) في ب: ثبت.
(١٢) سقط في س.
(١٣) سقط في س.

وإنما يبطل ولاء موالي الأم، ويثبت ولاء موالي الأب.

قال: **وإن أعتق جده والأب مملوك، فقد قيل: لا ينجر من مولى**[(١)] **الأم إلى مولى**[(٢)] **الجد**؛ لأنه ينجر إليه بواسطة؛ فلا ينجر ولاؤه كالأخ والعم[(٣)].

وقيل: ينجر؛ لأنه كالأب في الانتساب إليه والتعصيب [فجرَّ ولاءه][(٤)] كالأب، [وهذا أصح في النهاية][(٥)]؛ وعلى هذا [قال][(٦)]:

فإن أعتق الأب بعد ذلك انجر [الولاء][(٧)] **من موالى الجد إلى موالى الأب**؛ لأنه أقوى من الجد في النسب وأحكامه.

فلو انقرض بعد ذلك موالي الأب، لم يرجع[(٨)] الولاء إلى موالي الأم، بل يخلفه المسلمون، وينتقل إلى بيت المال.

ثم ظاهر كلام الشيخ يفهم أن محل الوجهين إذا كان الأب حيًّا، وهو قول الشيخ أبي حامد، وقال: إن الأب إذا[(٩)] كان ميتًا انجر [الولاء][(١٠)] قولًا واحدًا، وعلى ذلك جرى الإمام.

وقال ابن الصباغ: إن عليه أكثر الأصحاب.

وقال القاضي: إن محلهما إذا كان ميتًا، فإن كان حيًّا لم ينجر قولًا واحدًا.

ويجيء من مجموع الطريقين ثلاثة أوجه، كما حكاها[(١١)] في «المهذب»، ثالثها: الفرق بين أن يكون حيًّا فلا ينجر، وبين أن يكون ميتًا فينجر، وهو ما اختاره في «المرشد».

ثم محل انجرار الولاء من مولى الأم إلى مولى الأب إذا عتق، مفروض فيما إذا لم يكن الولد قد باشره العتق[(١٢)]، أمَّا إذا كان[(١٣)] الولد قد باشره العتق[(١٤)]، كما إذا اشترى أباه وجده بعبد[(١٥)] رقيق؛ فإنه يعتق عليه، ويكون[(١٦)] ولاؤه له،

---

(١) في د: موالي.
(٢) في د: موالي.
(٣) زاد في س: وهذا أصح في النهاية.
(٤) في س: فجُرَّ ولاؤه.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في التنبيه.
(٨) في د، س: ينتقل.
(٩) في ب: لو.
(١٠) سقط في ب، د.
(١١) في س: حكاه.
(١٢) في د، س: بالعتق.
(١٣) في د: لم يكن.
(١٤) في د، س: بالعتق.
(١٥) في ب، س: بعد.
(١٦) في ب: وكان.

وولاء موالي الأم باق عليه؛ لأنه لا يجوز أن يكون الرجل مولى نفسه، وقد حكى الإمام عن ابن سريج: أنه [يجر ولاءه][(١)] لنفسه ويسقط، واستبعده الإمام، والشيخ في «المهذب» حكى[(٢)] هذا الوجه، ولم ينسبه لابن سريج.

وعلى المذهب: لو أعتق الذميّ عبدًا، ثم لحق[(٣)] السيد بدار الحرب وأسلم العبد المعتق، واسترقّ سيده إمَّا بسبيٍ أو شراءٍ، ثم أعتقه - كان لكل منهما على صاحبه[(٤)] الولاء، لكن من شرط الإرث اجتماعهما في الإسلام، وقد صرح بذلك أيضًا الأصحاب.

ولو كان للمملوك[(٥)] ولدان حرَّان أمهما معتقة، فاشتريا أباهما دفعة واحدة - انجر[(٦)] ولاء نصف كلّ واحد منهما إلى صاحبه، وترك النصف الآخر لموالي الأم، صرح به الرُّوياني في كتاب الإقراع بين العبيد.

فرع: لو تزوج عبد لرجل بأمة لآخر[(٧)]، ثم أعتقها سيدها وهي حامل - فولاء الولد[(٨)] لمعتق الأم لا يجره إلى موالي الأب [عِتْقُ الأب][(٩)]؛ لأن العتق هنا قد باشر الولد.

والقاعدة: أن كل من باشره العتق لا ينجر الولاء عليه إلى موالي أبيه ولا أمه، كما صرح بها[(١٠)] القاضي الحسين وغيره.

فلو أعتقها، ثم أتت بولد، وكان لها زوج، واحتمل أن يكون الولد موجودًا حالة العتق، واحتمل خلافه - انجر ولاؤه.

ولو احتمل أن يكون [قد][(١١)] حدث بعد عتق الأم، واحتمل أن يكون [حدث][(١٢)] بعده وبعد عتق الأب - فالولاء لموالى[(١٣)] الأب ابتداءً، قاله القاضي الحسين، وقال: إنها لو كانت خليّة من زوج، وأتت[(١٤)] بولد لستة أشهر فما فوقها ولدون أربع سنين من حين العتق - فهل يكون ولاؤه لمعتق الأم غير منتقل

---

(١) في س: ينجر ولاؤه.
(٢) في د، س: وحكى.
(٣) في د، س: ألحق.
(٤) في د، س: الآخر.
(٥) في د: لمملوك.
(٦) في س: لم يجر.
(٧) في د، س: لرجل
(٨) في س: العبد.
(٩) سقط في د.
(١٠) في ب، د: به.
(١١) سقط في س، ب.
(١٢) سقط في د.
(١٣) في ب: لمولى.
(١٤) في س: فأتت.

أم[١] لا؟ إن هذا[٢] ينبني على أنه لو أوصى بحمل عَمْرَةَ من زيد، وكانت بائنة منه، فأتت بولد لدون أربع سنين وستة أشهر فما فوقها من حين الطلاق - هل[٣] يعطي الوصية له؟ وفيه قولان، ووجه[٤] المنع: أنّ النسب يحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره.

فإن قلنا بهذا كان الولاء لموالي الأب إن احتمل حدوثه بعد عتقهم، وإن لم يحتمل فهو لموالي الأم وانجر، وعلى الأول يكون لموالي الأم غير منجر.

قال: **ومن ثبت له الولاء فمات انتقل ذلك إلى عصباته دون سائر الورثة**، أي: أصحاب الفروض ومن يعصبهم العاصب؛ لقوله ﷺ: «الولاءُ [لُحْمَةٌ][٥]كَلُحْمَةِ النَّسَبِ، لا يُبَاعُ، وَلا يُوهَبُ، وَلَا يُوَرَّثُ»[٦]، والنسب إلى العصبات دون غيرهم، فلو انتقل إلى غيرهم لكان موروثًا.

قال القاضي الحسين: ولأن الولاء يكون متراخيًا عن النسب، والنسب إذا تباعد إنما يورث بالعصوبة [مثل ابن العم، وابن الأخ، والنسب يكون أقرب من باب الولاء؛ فيكون الولاء فيه من التراخي أكثر؛ فيتعين له العصوبة قياسًا على النسب، وما ادّعاه من أن النسب إذا تباعد إنما يورث بالعصوبة][٧] ينتقض بنسب بنت ابن ابن ابن [وأسفل من ذلك][٨]، اللهم إلا أن يكون مراده البعد[٩] في الجهات لا في الدرجة أو الوارث المستغرق؛ فحينئذٍ يسلم من النقض.

قال: **فإن كان له ابن [وابن ابن][١٠] فالولاء للابن** ؛ لأن تعصيبه أقوى، **وإن كان له أب وأخ[١١] فالولاء للأب**؛ [لأنه أقرب][١٢] لكونه يدلي بنفسه، والأخ يدلي به.

[قال][١٣]: **وإن كان له أخ من أب وأم، وأخ من أب[١٤]، فالولاء للأخ من الأب والأم** كالميراث، وهذا أصح في «النهاية»، وفي «المهذب» طريقة جازمة به.

---

(١) في س: أو.
(٢) في س: ذلك.
(٣) في س: فهل.
(٤) في ب: وجه.
(٥) سقط في د.
(٦) تقدم.
(٧) سقط في د، س.
(٨) في د، س: وإن سفلت.
(٩) في د: العبد.
(١٠) في التنبيه: وأب.
(١١) في التنبيه: أخ وأب.
(١٢) سقط في د، س.
(١٣) سقط في د، س.
(١٤) في التنبيه: الأب.

وقيل: فيه قول آخر: أنهما سواء؛ لأن الأم لا ترث بالولاء فلا يرجح بها، بخلافها في الميراث.

فرع: حكى القاضي الحسين عن القاضي أبي حامد نصًّا عن الشافعيّ رضي الله عنه فيما إذا كان له ابنا عمٍّ أحدهما أخ لأم: أنّه يقدم بها هاهنا، بخلاف الميراث؛ فإنه يكون للأخ من الأم السدس، والباقي بينهما، كذا قال في موضع، وقال: يحتمل أن يسوى بينهما. وهو الذي صوبه الإمام وقال: إن خلافه غلط عند المحققين.

وقال القاضي في موضع آخر: إن علة أبي حامد أنه في الميراث يمكن أن يفرض له؛ فلم يرجح به، وهاهنا لمّا تعذّر الفرض له ترجحت[١] قرابته فقدم بها.

قال: وإن كان [له][٢] **أخ وجدٌّ ففيه قولان:**

أحدهما: الولاء للأخ؛ لأن[٣] تعصيبه يشبه تعصيب [الابن][٤]، وتعصيب الجد يشبه تعصيب الأب، والأب والابن لو اجتمعا قدم الابن كما ذكرنا؛ فكذلك المشبه به، وكان قياس ذلك أن يقدم عليه في الميراث - أيضًا - لكن الإجماع قام على عدم التقدمة فصرفنا عنه، وفي الولاء لا إجماع، وهذا ما قال القاضي أبو الطيب: إنه المشهور من المذهب. واختاره الشيخ أبو حامد والأكثرون، كما حكاه الرافعي في الفرائض، وعلى هذا يقدم ابن الأخ على الجد.

والقول[٥] **الثاني:** [أنه][٦] بينهما كالميراث، وهذا أصح في «التهذيب»، ومقتضى هذا التوجيه[٧]: أن يكون للجد الأوفر من المقاسمة أو ثلث المال، وقد قال [به][٨] بعض أصحابنا، والنقل المشهور - وهو الأصح - المقاسمة أبدًا.

وقال[٩] القاضي الحسين: لأن الجد في باب الميراث تارةً يأخذ بالفرض وتارة بالعصوبة، فأخذ[١٠] [ثَمَّ][١١] ما هو خير له، وهنا لا يتصور أخذ بفرض، وهما في العصوبة سواء، فسوي بينهما، ويجري الخلاف فيما إذا اجتمع مع الجد أخٌ من الأبوين، وأخ من أب في جريان المعاددة[١٢]، والذي أجاب به ابن سريج

---

(١) في د: رجحت. (٢) سقط في س. (٣) في ب، س: لأنه.
(٤) في د: الجد، وسقط في س. (٥) سقط في التنبيه.
(٦) سقط في ب، س. (٧) في د، س: التعليل. (٨) سقط في د، س.
(٩) في د، س: قال. (١٠) في س: وأخذ. (١١) سقط في د، س.
(١٢) في د: المعادة، وزاد في س، د: وهو.

والأكثرون ومنهم القاضي الحسين: أنه لا معاددة[١]، وقال: لأنّ هذا على خلاف القياس اتبع فيه ما ورد من الخبر؛ فلا يقاس عليه غيره، وعلى القول الثاني يتفرع ما إذا خلف جدًّا وابن أخٍ، فالجدُّ أولى، وقيل: هما سواء.

قال: وإن كان [له][٢] **ابن أخ وعم فالولاء لابن الأخ، وإن كان له عم وابن عم فالولاء للعم** كالميراث، وحكى الشيخ في «المهذب» والقاضي الحسين في الصورة الأولى قولًا: أنهما سواء؛ بناءً على [قولنا:][٣] إن الجد مع الأخ يستويان[٤]، وجعلا ما ذكر في هذا الكتاب مفرعًا على قولنا: إن الأخ أولى من الجد، وكذا حكى القاضي القولين فيما إذا كان له عم [وأب جدٍّ][٥]:

أحدهما: أن العم[٦] أولى.

والثاني: أنهما سيّان[٧].

وحكى فيما إذا [كان][٨] له عم وابن ابن أخٍ: وجهين:

أحدهما: [أن][٩] ابن ابن الأخ أولى.

والثاني: أنهما سواء.

وإذا تأملت ما ذكرنا فهمت أن الولاء خالف الإرث في سبع مسائل، بعضها متفق عليه، وبعضها مختلف فيه، وقد عدّها القاضي الحسين:

إحداهما: يقدّم الأخ على الجد على قولٍ.

والثانية: مقاسمة الجد الإخوةَ أبدًا على الصحيح.

والثالثة: عدم معاددة[١٠] الجد الإخوة[١١] للأب، وأنّ الفائدة ترجع إلى الأخ للأب والأم على الصحيح.

والرابعة: يُقَدَّم[١٢] ابن الأخ على الجد على قولٍ.

والخامسة: يُقدم ابن العم الشقيق على ابن العم للأب على النصّ.

والسادسة: عدم تعصيب ابن الابن أخته.

والسابعة: عدم تعصيب الأخ للأب أخته.

---

(١) في د: يعاده.
(٢) سقط من س.
(٣) سقط في ب، د.
(٤) في د، س: سواء.
(٥) في د: أوجد.
(٦) في د: الأخ.
(٧) في د، س: سواء.
(٨) سقط في ب، س.
(٩) سقط في ب، س.
(١٠) في د: معاداة.
(١١) في ب: بالإخوة.
(١٢) في ب: تقديم.

قال: **وإن لم تكن له عصبة انتقل ذلك إلى مواليهم**(١) ؛ لأنهم كالعصبة **ثم [إلى]**(٢) **عصبتهم على ما ذكرت**، ودليله ما تقدم، فإن لم يكن له عصبة مولى، وهناك مولى لعصبة المولى: فإن كان مولى أخيه أو ولده لم يرث؛ لأن إنعامه على أخيه وولده لا يتعدى إليه، وإن كان مولى أبيه أو جدّه ورث؛ لأنَّ إنعامه عليه إنعام على نسله.

قال: **وإن أعتق عبدًا، ثم مات وترك ابنين، ثم مات أحدهما وترك ابنًا، ثم مات العبد المعتق - فماله للكبير من العصبة، وهو ابن المولى دون ابن [ابن]**(٣) **المولى** أي: إذا لم يكن للميت قريبٌ وارثٌ، ووجهه: أن الولاء(٤) لا يورث، وإنما يورث به بالقرب، والكبير من(٥) العصبة أقرب في العصوبة ممن معه.

وحكى ابن اللبان عن ابن سريج أنه يكون بينهما نصفين. وليس بشيءٍ؛ لقوله - عليه السلام-: «الوَلاءُ لِلْكُبْرِ»(٦)، وهو بضم الكاف، وسكون الباء، أي: الأقرب، أمَّا إذا كان للميت قريب، فهو مقدّم في الميراث كما سيأتي.

قال: **وإن مات ابناه بعده، وخلف أحدهما ابنًا، والآخر تسعة، ثم مات العبد المعتق - كان ماله [بينهم [على عددهم]**(٧) **]**(٨)**، لكل ابن عشر**(٩)(١٠)؛ لأنهم في القرب سواء.

قال: **ولا ترث النساء بالولاء إلاّ من أعتقن:**

أمَّا ثبوته لهن بالعتق؛ فلقوله - ﷺ-: «إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، وروي أن بنت حمزة بن عبد المطلب أعتقت غلامًا، ثم مات وترك ابنته والمعتقة، فرفع(١١) ذلك إلى النبي ﷺ، فجعل للبنت النصف، وللمعتقة النصف.

وأمَّا نفيه عنهن إذا لم [يكن](١٢) معتِقات ولا معتِقات المعتِقات، ولا مجرورًا إليهما الولاء؛ فلظاهر الخبر المذكور مع قوله ﷺ: «إنّه(١٣) لا يُوَرَّثُ».

---

(١) في التنبيه: مواليه.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في ب، س.
(٤) في س: المولى.
(٥) في د، س: في.
(٦) في د، س: للكبير.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في د.
(٩) في س: عشره.
(١٠) تقدم.
(١١) في س: فرفعت.
(١٢) سقط في س.
(١٣) في د، س: إنها.

قال: أو [أعتق من أعتقن][(١)] **أو جرّ الولاء إليهن من أعتقن، كما لو كان المعتق رجلًا.**

وصورة جرّ الولاء: أن يتزوج عندها بمعتقة رجل فتأتي منه بولد، فإنه يكون حرًّا تبعًا لأمه، والولاء عليه لمولى[(٢)] الأم، ثم تعتق المرأة العبد فينجر الولاء على الولد إليها من موالي الأم، [- على ما تقدم -][(٣)] ومن طريق الأَوْلَى يكون لها الولاء على الولد إذا أتت امرأة العبد به [بعد][(٤)] عتق الأب.

تنبيه: قول الشيخ: «ولا ترث النساء بالولاء ...» إلى آخره، يخرج ما إذا عتق عليها قريبها بإرث [أو غيره][(٥)] عن أن يكون لها عليه ولاء؛ لأنه فصّل في أول الباب [العتق][(٦)]: إلى عتق يحصل بسبب الملك، وإلى عتق يحصل بالإعتاق كما بيناه، وليس كذلك، بل الولاء يثبت لها عليه اتفاقًا[(٧)].

ومنها غلط الأربعمائة قاضٍ في المسألة المشهورة.

[قال][(٨)]: فإذا[(٩)] **ماتت المرأة المعتقة انتقل حقها من الولاء إلى أقرب الناس [إليها][(١٠)] من عصباتها على ما ذكرت**؛ لما تقدم بيانه.

فروع:

إذا تزوج معتق بحرة أصليّة لا وَلاَءَ عليها لأحدٍ، فأتت بولد فإطلاق القاضي الحسين يقتضي ثبوت الولاء عليه لموالي الأب؛ فإنه قال: إذا [تزوج عبد][(١١)] بامرأةٍ، فأعتقته سيدته وله أولاد - كان لها الولاء عليهم.

وقال أيضًا فيما إذا تزوج عبد بامرأة، ثم أعتق[(١٢)] وأتت بأولاد: فإن الولاء لموالي الأب على الأولاد، ذكورًا كانوا أو إناثًا، وعلى أولاد أولاد البنين، وأمَّا أولاد البنات فلمن يكون الولاء عليهم؟ ينظر: فإن كان على آبائهم ولاءٌ لأحدٍ فالولاء عليهم له، وإن لم يكن عليهم ولاء لأحد ففيهم[(١٣)] وجهان:

أحدهما: أن الولاء عليهم لموالي الأم.

---

(١) في ب: أعتقن من أعتق، وفي س، د: أعتقن من أعتقن.
(٢) في ب: لموالي.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في د.
(٥) في ب، س: وغيره.
(٦) سقط في د، س.
(٧) في د: ابتداءً.
(٨) سقط في د.
(٩) في س: فإن.
(١٠) سقط في س.
(١١) في ب: زوج عبده.
(١٢) في د، س: عتق.
(١٣) في د، س: ففيه.

والثاني: لا ولاء عليهم لأحدٍ؛ لأنه - عليه السلام - قال: «الولاء لُحْمَة كلُحْمَةِ النَّسَب»[١]، وهؤلاء لا [ينسبون][٢] [لأحد][٣]؛ فلا يكون عليهم ولاءً لأحد[٤]، [ثم لا][٥] فرق بين أن يكون أبوهم عجميًّا[٦] أو عربيًّا.

وذهب طوائف من أصحابنا [إلى][٧] أنه إذا كان أبوهم عربيًّا فلا ولاء عليهم لأحدٍ، وإن لم يكن عربيًّا يَكُنْ لموالي أبي الأم.

وقال في موضع آخر: إذا تزوج بحرّة فلا[٨] ولاء على ولده أصلًا.

وهذا ما حكاه[٩] الإمام عن رواية شيخه عن بعض الأصحاب، ورجح الأول، وقال: إنه المذهب الذي يجب القطع به، وهو الذي حكاه في «التهذيب».

[ولو تزوج حرٌّ لا ولاء عليه بمعتقةٍ لرجل، فهل يثبت على ولده الولاء[١٠]؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها:][١١] لا ولاء عليه، وهو الصحيح في «التهذيب».

والثاني: يثبت لموالي الأم.

والثالث: إن كان الأب حرًّا ظاهرًا وباطنًا فلا ولاء عليه، وإن كان حرًّا ظاهرًا لا غير - كالمحكوم بحريته بالدار - ثبت[١٢] عليه الولاء لموالي الأم.

إذا كان رجل حرّ الأصل وأبواه حرّين، وأبوا أبيه[١٣] مملوكين، وأبو أمه مملوكًا، وأم أمه معتقة - فإذا مات هذا الرجل، قال القاضي الحسين: كان ولاؤه لموالي أم الأم على أحد الوجهين، فإذا أُعتق أبو الأم انجر الولاء إلى موالي أبي الأم، فإذا عتقت[١٤] بعد ذلك أم الأب انجرّ الولاء من ذلك الجانب إلى [هذا الجانب][١٥] إلى موالى أم الأب، فإذا أُعتق أبو الأب انجر الولاء إلى مواليه.

إذا أعتق [رجل][١٦] عبدًا وأبوه وابنه[١٧] رقيقان لشخصين، فأعتق كلا منهما مالكه، ثم مات المعتق أولًا بعد موت أبيه وابنه، ولا قريب له - قال القاضي

---

(١) تقدم.
(٢) سقط في د، وفي س: ينتسبون.
(٣) سقط في ب، س.
(٤) في ب: لواحد.
(٥) في ب: ولا.
(٦) في س: أعجميًّا.
(٧) سقط في ب، س.
(٨) في ب: لا.
(٩) في د، س: رواه.
(١٠) في س: ولاء.
(١١) سقط في د.
(١٢) في س: يثبت.
(١٣) في د: أبويه.
(١٤) في ب: عتق.
(١٥) سقط في س.
(١٦) سقط في د، س.
(١٧) في ب: وأمه.

الحسين: فولاؤه إنما يكون لمعتق أبيه دون معتق ابنه؛ لأن معتق الأب أنعم عليه بعتق أبيه. وهذا فيه نظر؛ لأنَّا قد حكينا من قبل عنه وعن غيره أن من باشر عتق شخصٍ لا ينجر ولاؤه إلى غيره، والمعتق أولًا قد باشر مالكه عتقه؛ فينبغي أن يكون ولاؤه له إن كان حيًّا ولورثته من بعده، فإن لم يكن له وارث خاص فلبيت[١] المال.

[وجوابه: أن الضمير في قوله: «وأبوه وابنه رقيقان» يعود على المباشر للعتق لا إلى العتيق، والسؤال إنما توجه لاعتقاد عوده إلى العتيق][٢].

إذا أعتق الكافر عبدًا مسلمًا وله ابنٌ مسلمٌ وابن كافر، ثم مات المعتق بعد موت معتقه - فولاؤه لابن معتقه المسلم.

ولو مات بعد موت معتقه وإسلام ابنه الآخر فالولاء للابنين عليه.

ولو مات المعتق في حياة معتقه وابنه مسلم فميراثه لبيت المال، ولا يكون لابنه المسلم، وكذلك لو أن المعتق المسلم قتل العبد المعتق وللسيد ابن، قال القاضي الحسين: لا يرثه المعتق؛ لأنه قاتل ولاء أبيه، بخلاف النسب؛ فإنه لو قتل رجل ولده، وللقاتل ولد، فإن القاتل لا يرث، ويرثه[٣] ابنه.

قال: والفرق بينهما: أن في باب النسب الأخوة[٤] ثابتة بين الأخ والمقتول؛ فلهذا قلنا بأنَّه يرثه، فأمَّا في الولاء فالابن إنما يَثبت[٥] له الولاء بموت أبيه[٦].

وحكى الرافعي في [آخر رءوس][٧] الوصايا عند الكلام في ختم الباب: أن المعتق إذا قتل معتقه، فإن كان للعبد[٨] من هو أقرب من المعتق ورثه، وإلا ورثه أقرب عصبات السيد المعتق، وألحق القاضي الحسين بما ذكره ما إذا كان المعتق وأولاده والعبد المعتق كفارًا، فالتحق المعتق بدار الحرب واسترقّ، ثم مات العبد المعتق - فإن ميراثه لبيت المال.

---

(١) في ب: وثبت. (٢) سقط في د، س. (٣) في د، س: يرث.
(٤) في ب: الأوجه. (٥) في ب: ثبت. (٦) في ب: ابنه.
(٧) في ب، س: أواخر الدور من.
(٨) في د: العبد.

قال: وهكذا نقول في التزويج، نصّ الشافعيّ على أن المرأة إذا أعتقت أَمَةً: زوجها أبوها بسبب عصوبة الولاء، ونصّ فيما إذا أعتق رجل أمته، فمات [المعتق](١) وخلف ابنًا صغيرًا، وللابن الصغير [جدٌّ](٢): أنه ليس للجد أن يزوِّج الأمة المعتقة، فما الفرق؟

قال القاضي الحسين حكاية عن القفال: الفرق بينهما: أن في مسألة المعتقة قد وقع الإياس من(٣) ثبوت الولاء لها؛ فجعلت كالمعدومة، فانتقلت الولاية إلى أبيها، وفي تلك المسألة لم يقع الإياس بثبوت الولاية للابن الصغير(٤)، [بل هي

(١) سقط في د، س. (٢) سقط في س.
(٣) في س: عن.
(٤) قوله في آخر الباب: قال -يعني: القاضي حسين-: نص الشافعي على أن المرأة إذا أعتقت أمةً، زوجها أبوها بسبب عصوبة الولاء، ونص فيما إذا أعتق رجل أمته، فمات المعتق وخلف ابنًا صغيرًا، وللابن الصغير جد، أنه ليس للجد أن يزوج الأمة المعتقة، قال: وفرق القفال بينهما أن في مسألة المعتقة قد وقع الإياس عن ثبوت الولاية لها، فجعلت كالمعدومة، فانتقلت الولاية إلى أبيها، وفي تلك المسألة لم يقع الإياس بثبوت الولاية للابن الصغير. انتهى كلامه.
واعلم أنا قبل الخوض في المقصود ننقل كلام القاضي المشار إليه، وقد ذكره قبل كتاب التدبير بنحو ورقة، فقال فيما إذا أعتق الكافر عبدًا مسلمًا ما نصه: ولو مات العتيق والمعتق حي، وهو كافر، وله ابن مسلم، فإن ميراثه لبيت المال، ولا يكون لابنه المسلم، وكذلك لو أن المعتق قتل العتيق، وللمعتق ابن مسلم لا يرثه المعتق؛ لأنه قاتل، ولا يرثه ابنه بخلاف النسب، لو قتل رجل ولده، وللقاتل ولد، فإن القاتل لا يرث المقتول، ولكن يرثه ابنه وهو أخو القتيل، والفرق بينهما: أن في باب النسب الأخوة ثابتة بين الأخ والمقتول، فلهذا قلنا بأنه يرثه، وأما في باب الولاء، فيستفيد الولاء بموت الأب، فما دام الأب حيًّا، لا يثبت له الولاء، وهكذا لو استرق المعتق، وله ابن مسلم، ثم مات عتيقه، فإن ميراثه لبيت المال، ولا يكون لابنه، وهكذا نقول في التزويج لو أن كافرًا أعتق أمة مسلمة، وللمعتق أب مسلم أو أخ أو ابن، فإن ولاية التزويج إلى الحاكم، لا إلى أب المعتقة، والفرق بينهما ما ذكرناه فالزم.
مسألة: فقالوا لو أن امرأة أعتقت أمة، وللمعتقة أب، فإن أباها يزوج المعتقة. هكذا نص الشافعي -رحمه الله- فنقل الولاية إلى ابنها بسبب عصوبة الولاء.
ولو أن رجلًا أعتق أمة، فمات المعتق، وخلف ابنًا صغيرًا، وللابن الصغير جد، قال: ليس للجد أن يزوج الأمة العتيقة. فقيل له: ما الفرق بين هذه المسألة وبين الأولى حيث قال الشافعي: لأبي المعتقة أن يزوج عتيقها؟ قال: الفرق بينهما أن في مسألة المعتقة قد وقع الإياس عن ثبوت الولاية لها بالولاء، فجعلت كالمعدومة، فانتقلت الولاية إلى أبيها. وفي تلك المسألة لم يقع الإياس بثبوت الولاية للابن الصغير بالولاء عند البلوغ، فلهذا افترقا. هذا كلام القاضي حسين بحروفه.
=

منتظرة في حقه؛ فافترقا][1]، [والله أعلم][2].

= وقد تحرَّر منه أن المانع في النسب بنقل الإرث وولاية النكاح إلى الأبعد، وهو واضح، وأنه لا ينقلها في الولاء، بل يثبتان معًا للمسلمين على / ٢٠٦أ ما ذكره القاضي، ولم ينص الرافعي على مسألة النكاح بالنسبة إلى الولاء، ولكن إطلاقه يقتضي الانتقال إلى الأبعد كما في النسب، وأما مسألة الإرث، فصرح بها، وجزم بانتقال المال إلى الأبعد كما في الإرث بالنسب. ذكر ذلك قبيل «باب الرجوع عن الوصية» بنحو ورقتين، فقال فيما إذا قتل السيد عتيقه ما نصه: ولا يرث السيد من ديته؛ لأنه قاتل، بل إن كان له وارث أقرب من سيده، فهي له، وإلا فلأقربِ عصبات السيد، هذا كلامه.

وقد نقله أيضًا المصنف عنه، فعلم به القول بذلك في التزويج أيضًا؛ لأنهما متلازمان كما سبق.

وأما قول المصنف: إن الفرق للقفال، فليس للقفال ذكر في هذا الكلام الذي نقله ولا في الكلام الذي قبله أيضًا، فقد تأملت الفصل جميعه، فعلم أنه للقاضي، وأن المعبر بهذه اللفظة هو المعلق عنه هذه التعليقة.

وأما قوله: إن مسألة التزويج قد نقلها القاضي عن النص، فليس كذلك، بل المنقول عن النص: إنما هي المسألة الأولى، وهي التزويج في حياة المعتقة، وهي واضحة لا شك فيها.

وأما الأخرى التي هي محل النظر، فلم يصرح بنقلها عن الشافعي، وإنما وقع التعبير بلفظ قال، وهو أيضًا عائد إلى القاضي، وحاصله أن المعلق أعاد مسألة نظير النص وأفردها بالذكر؛ لأن القاضي قائل بها، وسائر نظائرها، ويدل عليه أنه قد وقع في الكلام الذي نقلناه عن القاضي التعبير بقوله: فألزم مسألة... إلى آخره، فدل على أنهم استغربوا كلامه، وتوقفوا فيه، ولو كان النقل في تلك عن الشافعي، لكان الإلزام إنما هو عن الشافعي، وليس كذلك.

ويؤيده أنه لم ينقله قبل ذلك عند ذكره لهذه المسائل. والتفرقة بينها وبين نظيرها من الميراث، ومن تأمل، قطع بما ذكرناه. والحاصل أن القاضي قائل بذلك، والرافعي جازم بخلافه فاعلمه.

وهذا الذي ذكره المصنف في هذا الباب قد ذكر مثله في باب العاقلة.

نعم، نقل الرافعي في باب العاقلة عن الأئمة كلامًا حاصله: الجزم بأنه لا يزوج وهو الصواب. وسوف أذكر المسألة هناك مبسوطة. [أ و].

(١) سقط في ب، س.

(٢) سقط في د.

كتاب الفرائض

الفرائض: جمع فريضة: وهي: فعيلة، من الفرض، والفرض: التقدير، قال الله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، أي: قدرتم، وقال تعالى: ﴿سُورَةٌ أَنزَلْنَاهَا وَفَرَضْنَاهَا﴾ [النور: ١]، أي: قدرناها وبيناها.

وقولهم: فرض [القاضي][١] النفقة أي: قدرها، وفرض الزوج مهر المثل أي: قدره.

ويسمى[٢] علم المواريث: [فرائض][٣]؛ لاشتماله على أنصباء مقدرة، أو[٤] لكثرة دور الفرض في الكلام فيها، مثل قولهم: فرض الأم كذا، وفرض البنت كذا، وفرض الزوج كذا.

وقيل: أصل الفرائض: الحدود، من: فَرَضت القوس وفرَّضتها: إذا حززت فيها حزًّا يؤثر فيها[٥]، فسميت قسمة المواريث: فرائض[٦]؛ لكونها حدودًا وأحكامًا مبينة.

وقيل: سمي فرائض؛ لأن الله تعالى قطع الأقارب بعضهم عن بعض، وبين لهم قدر استحقاقهم.

وقيل: لأن الله تعالى قال في آخر الآية: ﴿فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [النساء: ١١].

وقيل: سميت فرائض من الوجوب واللزوم؛ لأن الفرض بمعنى الإيجاب والإلزام[٧].

قال أهل اللغة: العالم بها[٨] يسمى: فَرَضِيًّا، وفارضًا، وفريضًا أيضًا، كعالم وعليم.

وقد كانت المواريث على تسعة أوجه: أربعة منها كانت الجاهلية عليها فورد

---

(١) سقط في س.
(٢) في ب، س: فسُمِّي.
(٣) في س، د: ميراثًا.
(٤) في د: و.
(٥) في س: فيه.
(٦) في س: فروضًا.
(٧) في س، د: اللزوم.
(٨) في ب، س: به.

الإسلام بإبطالها، وأربعة وجوه كان[١] عليها أهل الإسلام فنسخها[٢] الله عز وجل، والوجه التاسع هو الذي عليه الإسلام إلى يومنا هذا كما سنذكر، وبه نسخ ما سواه:

فالأربعة الأولى: وراثة الرجال دون النساء، والكبار دون الصغار، ووراثة النساء كرهًا، وميراث الحليف، وكانت العرب تتوارث[٣] بالحلف والتناصر؛ طلبًا للتواصل به، وصورته أن يقول: «هدمي هدمك، ودمي دمك، وسلمي سلمك، وحربي حربك، ترثني وأرثك، وتنصرني وأنصرك، وتعقل عني وأعقل عنك».

وأحد الوجوه الأربعة الثانية: التوارث بالحلف والتناصر، والثاني: بالإسلام والهجرة[٤]، والثالث: [بالتبني][٥]، والرابع: على الوصايا، وقد نسخت الفرائض في الإسلام [ثلاث مرات][٦]: نسخ التوارث بالحلف والنصرة الدال عليه قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَـَٔاتُوهُمۡ نَصِيبَهُمۡۚ﴾ [النساء: ٣٣] - بقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَهَاجَرُواْ وَجَٰهَدُواْ بِأَمۡوَٰلِهِمۡ وَأَنفُسِهِمۡ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلَّذِينَ ءَاوَواْ وَّنَصَرُوٓاْ أُوْلَٰٓئِكَ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ﴾ الآية [الأنفال: ٧٢]، وقوله عليه السلام: [لا حلف في الإسلام][٧]، وأيما حلف كان في الجاهلية لم يزده الإسلام إلا شدة»[٨] أخرجه مسلم.

فكان الرجل [إذا آمن وهاجر إلى المدينة، وكان له بمكة ولد مؤمن، ولم يهاجر معه لم يرثه][٩]، إذا مات، ويرثه[١٠] جماعة المهاجرين[١١] [بالمدينة][١٢]، ثم نسخ ذلك بالقرابة والرحم بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ وَٱلۡمُهَٰجِرِينَ﴾ [الأحزاب: ٦]، فنقل التوارث إلى الرحم، ولم يذكر مقاديره[١٣]، فكان الرجل يجب عليه أن يوصي لوالديه وأقاربه؛ لقوله

---

(١) في ب: كانت. (٢) في ب: نسخها. (٣) في ب: يتوارثون.
(٤) في د: بالهجرة. (٥) في د: على التبني. (٦) في س: ثلاثا.
(٧) سقط في س، د.
(٨) أخرجه مسلم (٤/ ١٩٦١) كتاب فضائل الصحابة، باب: مؤاخاة النبي ﷺ بين أصحابه، حديث (٢٠٦/ ٢٥٣٠).
(٩) سقط في د. (١٠) في د: ورثه. (١١) في ب، س: المجاهدين.
(١٢) سقط في س، د. (١٣) في د: مقادير.

تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠].

قال ابن سريج: فكان يجب على المحتضر أن يوصي لكل واحد من الورثة بما في علم الله تعالى [من الفرائض](١)، فكان من وفق لذلك مصيبًا، ومن يتعداه مخطئًا.

قال الإمام: وهذا زلل، ولا يجوز ثبوت مثله في الشرائع؛ لأنه تكليف على عماية.

ثم نسخ وجوب الوصية بالآيات المذكورة في سورة النساء، قال ﷺ لما نزل قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١]، «عجز الموصي أن يوصي كما أمر الله -تعالى- فتولى الله قسمتها بنفسه، إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه، ألا لا وصية لوارث»(٢).

[ثم اعلم] أن تعلم الفرائض محثوث عليه، ومندوب إليه، قال ﷺ: «الْعِلْمُ ثَلَاثَةٌ، وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَهُوَ فَضْلٌ: آيَةٌ مُحْكَمَةٌ، أَوْ سُنَّةٌ قَائِمَةٌ، أَوْ فَرِيضَةٌ عَادِلَةٌ»(٣) أخرجه أبو داود وابن ماجه.

وروي أنه عليه السلام قال: «تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ وَعَلِّمُوهَا النَّاسَ؛ فَإِنِّي امْرُؤٌ مَقْبُوضٌ، وَإِنَّ الْعِلْمَ سَيُقْبَضُ وَتَظْهَرُ الْفِتَنُ، حَتَّى يَخْتَلِفَ الِاثْنَانِ فِي الْفَرِيضَةِ فَلَا يَجِدَانِ مَنْ يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا»(٤) وغير ذلك من الأخبار، وقد روي عن عمر - رضي

---

(١) سقط في د. (٢) تقدم.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٦) كتاب الفرائض، باب: ما جاء في تعليم الفرائض، الحديث (٢٨٨٥)، وابن ماجه (١/ ٢١)، المقدمة، باب: اجتناب الرأي والقياس، الحديث (٥٤)، والحاكم (٤/ ٣٣٢)، كتاب الفرائض، وسكت عنه، وقد ضعفه الذهبي، قال المنذري في مختصر سنن أبي داود (٤/ ١٦٠)، وفي إسناده عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الأفريقي، وهو أول مولود ولد بأفريقية في الإسلام، وولي القضاء لها، وقد تكلم فيه غير واحد، وفيه أيضًا عبد الرحمن بن رافع التنوخي قاضي أفريقية، وقد غمزه البخاري وابن أبي حاتم.

(٤) أخرجه الطيالسي في مسنده ص (٥٣) برقم (٤٠٣)، والدارمي في سننه (١/ ٧٢-٧٣) باب: الإقتداء بالعلماء، والنسائي في السنن الكبرى (٤/ ٦٣) كتاب الفرائض، باب: الأمر بتعليم الفرائض برقم (٦٣٠٥-٦٣٠٦)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٦٩) كتاب: الفرائض، كلهم من طرق عن عوف الأعرابي، عن سليمان بن جابر الهجري، عن ابن مسعود....به.
ولفظه: إني امرؤ مقبوض فتعلموا القرآن وعلموه الناس وتعلموا الفرائض وعلموها الناس =

الله عنه - أنه قال: «إِذَا تَحَدَّثْتُمْ فَتَحَدَّثُوا فِي الْفَرَائِضِ، وَإِذَا لَهَوْتُمْ فَالْهَوْا بِالرَّمْيِ». ولم يترك أحد من [أكابر][(١)] الصحابة إلا وله الكلام في الفرائض؛ إلا [أن][(٢)] الذين اشتهروا بعلمها[(٣)] أربعة: علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن مسعود، وزيد بن ثابت [رضي الله عنهم][(٤)]، قال علماؤنا: ولم يتفق هؤلاء الأربعة قط على مسألة إلا وافقتهم الأمة، وما[(٥)] اختلفوا إلا وقعوا[(٦)] فرادى، أو ثلاثة في جانب وواحد في جانب. واختار الشافعي من مذاهبهم مذهب زيد؛ لأنه أقرب إلى القياس، ولقوله عليه السلام: «أَفْرَضُكُمْ زَيْدٌ»[(٧)]، وعن القفال أن زيدًا لم يهجر له قول[(٨)]، بل أقواله معمول بها، بخلاف أقوال غيره، ومعنى اختياره له[(٩)]: أنه نظر في أدلته[(١٠)] فوجدها مستقيمة فاتبعها، لا أنه قلده؛ إذ المجتهد لا يقلد المجتهد.

قال: من مات وله مال ورث؛ لقوله ﷺ: «أَنَا أَوْلَى بِكُلِّ مُؤْمِنٍ مِنْ نَفْسِهِ، فَمَنْ تَرَكَ دَيْنًا أَوْ ضَيْعَةً فَإِلَيَّ، وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ، وَأَنَا مَوْلَى مَنْ لا مَوْلَى[(١١)] لَهُ، أَرِثُ مَالَهُ[(١٢)] وَأَحُلُّ[(١٣)] عَانِيَهُ»[(١٤)] يعني: أفك عانيه، والعاني: الأسير، ومعنى

= وتعلموا العلم وعلموه الناس فإني مقبوض وإنه سيقبض العلم وتظهر الفتن حتى يختلف الإثنان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما.
قلت: وإسناده ضعيف؛ لجهالة سليمان الهجري.

(١) سقط في د. (٢) سقط في ب. (٣) في س: علمهم.
(٤) سقط في ب. (٥) في د: فما. (٦) في س: ووقعوا.
(٧) أخرجه أحمد (٣/ ١٨٤، ٢٨١)، والترمذي (٥/ ٦٢٣) كتاب المناقب: باب مناقب معاذ وزيد وأبي عبيدة حديث (٣٧٩١)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٦٧) رقم (٨٢٤٢)، وابن ماجه (١/ ٥٥) المقدمة: باب فضائل أصحاب رسول الله ﷺ رقم (١٥٤، ١٥٥)، وابن حبان (٧٠٨٧، ٧٠٩٣)، والحاكم (٣/ ٤٢٢)، من طريق خالد الحذاء، عن أبي قلابة، عن أنس...به.
قال الترمذي: حسن صحيح.
وقال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ١٧٣): وسماع أبي قلابة من أنس صحيح إلاَّ أنه قيل: لم يسمع منه هذا.
(٨) في س: قوله. (٩) في س، د: كونه أنه اختاره.
(١٠) في د: أداته. (١١) في ب: ولي. (١٢) في ب: ولي.
(١٣) في د: أفك.
(١٤) أخرجه أحمد (٤/ ١٣٣)، وأبو داود (٢/ ١٣٧) كتاب الفرائض، باب: في ميراث ذوي الأرحام، حديث (٢٩٠٠)، والنسائي في السنن الكبرى (٤/ ٧٧) حديث (٦٣٥٥)، وابن ماجه بنحوه (٤/ ٢٢٥) كتاب الديات، باب: الدية على العاقلة فإن لم يكن عاقلة ففي =

الأسير هنا: ما تتعلق به ذمته ويلزمه بسبب الجنايات التي سبيلها أن تتحملها العاقلة. وقد جاء في رواية: «أَفُكُّ[(١)] عُنِيَّه»[(٢)]. بضم العين وتشديد الياء.

ويفسر ذلك ما روى مسلم والبخاري عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ، وَمَنْ تَرَكَ كَلًّا فَإِلَيْنَا»[(٣)]، وفي رواية لأبي داود [عن جابر][(٤)] أنه قال: «أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِم، وَمَنْ تَرَكَ مَالًا، فَلِأَهْلِهِ، وَمَنْ تَرَكَ دَيْنًا أَوْ ضَيَاعًا، فَإِلَيَّ وَعَلَيَّ»[(٥)].

والضياع - بفتح الضاد المعجمة-:العيال، وقال الخطابي: الضياع: اسم لكل ما هو معرَّض أن يضيع إن لم يتعهد، والكل - بفتح الكاف وتشديد اللام-: العيال والدين، وقال بعضهم: إنه ينطلق على الواحد والجمع، والذكر والأنثى، وجمعه: كلول، ومعناه: الثقل ثم استعمل في كل ضائع وأمر مثقل.

ثم الوراثة تارة تكون بسبب عام وهو الإسلام، وتارة تكون بسبب خاص وهو النكاح، والولاء، والقرابة، ومنع بعض أصحابنا - كما قاله القاضي [الحسين][(٦)] في باب الوصية وغيره[(٧)] - هنا أن بيت المال ليس بوارث لمن لا وارث له خاص، وأن سبيله[(٨)] سبيل المال الضائع؛ لأنا نعلم أن له عصبة، لكنا لا نعرف عينه، وقد حكاه الروياني قولًا عن رواية ابن اللبان، قال: إلا المرتد فإنه لا يورث أي: سواء كان ما معه من المال اكتسبه في حال الإسلام أو حال الردة، وسواء

= بيت المال، حديث (٢٦٣٤)، وابن الجارود في المنتقى ص (٢٤٢) حديث (٩٦٥)، والطبراني في المعجم الكبير (٢٠/ ٢٦٥) حديث (٦٢٦) كلهم من طرق عن المقدام رضي الله عنه ...به.

(١) في د: نفك.

(٢) أخرجه أبو عوانة في مسنده (٣/ ٤٤٦) حديث (٥٦٣٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢١٤) كتاب الفرائض، باب: من قال بتوريث ذوي الأرحام.

(٣) أخرجه البخاري (٥/ ٣٤١) كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: الصلاة على من ترك دينا، حديث (٢٣٩٨)، ومسلم (٣/ ١٢٣٨) كتاب الفرائض، باب: من ترك مالا فلورثته، حديث (١٧/ ١٦١٩).

(٤) سقط في د.

(٥) أخرجه أبو داود (٢/ ١٥٢) كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب: في أرزاق الذرية، حديث (٢٩٥٤).

(٦) سقط في س، د.　(٧) في س: غيرها.　(٨) في ب: سبيل ماله.

كانت الردة في الصحة أو في المرض، وقصد[(١)] منع وارثه، والدليل على [أن][(٢)] ذلك في بعض الصور، وهي ما اكتسبه في حال الردة و[في][(٣)] الصحة: الإجماعُ، وفيما عداهما: القياسُ[(٤)] عليهما.

واستدل لذلك ابن الصباغ بما روى أبو بردة[(٥)] بن نيار قال: «بَعَثَنِي رَسُولُ اللهِ ﷺ إِلَى رَجُلٍ عَرَّسَ بِامْرَأَةِ أَبِيهِ، فَأَمَرَنِي أَنْ أَضْرِبَ عُنُقَهُ، وَأُخَمِّسَ مَالَهُ»[(٦)]، وهذا كان مرتدًّا؛ لأنه استحل ذلك، وقد أبدى الإمام احتمالا في توريث المرتد [من المرتد][(٧)] على قولنا: إن ملك المرتد لا يزول إلا بالموت، تخريجًا من قولنا: إن ولد المرتد من المرتدة مرتد.

قال: ومن بعضه [رقيق وبعضه حر][(٨)] ففيه قولان:

أحدهما: يورث عنه ما جمعه بحريته؛ لأن ملكه تام على [ما ملكه][(٩)] بالحرية؛ فورث كمالِ من كله حر، وهذا هو الجديد.

والثاني: أنه لا يورث كما أنه لا يرث، وهذا هو القديم.

وللقائل بالجديد أن يقول: منع توريثه من أن يأخذ مالك بعضه الرقيق بعض ما ينتقل إليه، وهذا المعنى مفقود في الإرث منه.

تفريع:

إن قلنا بالأول ورثه أقاربه، ثم معتقه، وروى ابن اللبان وجهًا: أنه يكون بين الوارث ومالك بعضه [و][(١٠)] الرقيق على نسبة الرق والحرية، وحكاه المراوزة

---

(١) في س: وقد. (٢) سقط في د. (٣) في د: و.

(٤) في س: بالقياس. (٥) في س: أبو هريرة.

(٦) ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٣٢/ ٧٧) وعزاه للسنن، ولم أقف عليه بهذا اللفظ، ولكن أخرجه بلفظ مقارب أبو داود (٢/ ٥٦٢) كتاب الحدود، باب: في الرجل يزني بحريمه، حديث (٤٤٥٧)، والنسائي(٦/ ١٠٩) كتاب النكاح، باب: نكاح ما نكح الآباء، وابن ماجه (٤/ ٢٠٤) كتاب الحدود، باب: من تزوج امرأة أبيه من بعده، حديث (٢٦٠٧)، من حديث يزيد بن البراء بن عازب عن أبيه(قال: لقيت عمي ومعه راية فقلت له أين تريد ؟ قال بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل نكح امرأة أبيه فأمرني أن أضرب عنقه وآخذ ماله .

(٧) سقط في ب. (٨) في ب: حر ونصفه عبد.

(٩) في س: مالكه. (١٠) سقط في س.

أيضًا؛ لأن سبب الإرث الموت، وهو حال بجميع بدنه، وبدنه ينقسم إلى الرق والحرية؛ فيقسم ما خلفه كأكسابه[١].

وإن قلنا بالثاني، قال الشافعي - رضي الله عنه - يكون لسيده، وهو الأظهر عند الأكثرين[٢]؛ لأنه نقص منع الإرث، فصار كما لو كان كله رقيقًا.

وقال الإصطخري [وابن سريج][٣]: يكون لبيت المال؛ لأن السيد لا حق له في حريته، فلا يكون ميراثه له، ولا يرثه عنه قريبه؛ لبقاء أحكام الرق، فكان أولى الجهات به بيت المال.

قال الماوردي: «ولهذا عندي وجه أراه» وعلى ذلك جرى الفرضيون كما قال الرافعي وصححوه، وحكى في «البحر» في كتاب العتق أن أبا إسحاق المروزي حكى فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ما تركه يكون لسيده.

والثاني: أنه لوارثه.

والثالث: أنه بينهما.

[وأن][٤] ابن أبي هريرة قال: نصوص الشافعي محمولة على اختلاف أحوال:

فالذي نص [عليه][٥] أنه لسيده: أراد إذا كان بينهما مهايأة، ومات في [زمان سيده][٦]، وقد استهلك ما كان يملكه بحريته.

والذي نص أنه يكون [للوارث أراد: إذا كان موته في زمان العبد.

والذي نص][٧] أنه يكون بينهما [أراد:][٨] إذا لم يكن [بينهما][٩] مهايأة، وفي ماله وفاء بالحقين[١٠]، والعبد إذا ملك مالًا وقلنا: إنه يملك، فإنه لا يورث اتفاقًا من أصحابنا.

قال: وإذا مات من يورث بُدِئ من ماله، بمؤنة تجهيزه ودفنه، أي: من كفنٍ وحفر قبرٍ وغير ذلك؛ لما روي عن خباب بن الأرت قال: توفي [مصعب][١١] بن عمير قُتِل يوم أحد، ولم يكن له إلا نمرة كنا إذا غطينا رأسه خرجت رجلاه،

(١) في د: كاكتسابه.
(٢) في ب: الأكثر.
(٣) سقط في ب.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في ب.
(٦) في س: زمن السيد.
(٧) سقط في ب.
(٨) سقط في ب.
(٩) سقط في ب.
(١٠) في س: الحقين.
(١١) سقط في ب.

وإذا غطينا رجليه خرج رأسه، فقال: رسول الله ﷺ: «غَطُّوا بِهَا رَأْسَهُ وَاجْعَلُوا عَلَى رِجْلَيْهِ مِنَ الْإِذْخِرِ»[(١)] خرجه البخاري ومسلم وغيرهما.

والنمرة- بفتح النون وكسر الميم-: هي شملة مخططة من صوف، وقيل: فيها أمثال الأهلة، وكأنها أخذت من لون النمر؛ لما فيها من السواد والبياض، وهي من مآزر[(٢)] الأعراب، ولأنه يقدم في حياته بما يضطر إليه، فكذلك بعد مماته، وهذا إذا لم يتعلق بماله حق سابق على الوفاة، فإن تعلق مثل أن يكون مرهونًا أو جانيًا[(٣)]، أو حجر عليه لفلس، وبائعو أمواله باقون، فإن مؤنة تجهيزه لا تصرف من ذلك. وحكى الجويني في «الجمع والفرق» عن بعض مشايخنا أنه يقدم الميت على حق المجني عليه وحق المرتهن، وإن لم يخلف مالًا سواه.

قال: ثم تقضى ديونه، ثم تنفذ وصاياه، لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢]، قال علي بن أبي طالب: إنكم تقرءون في كتاب الله تعالى، الوصية قبل الدين، وقضاء[(٤)] رسول الله ﷺ أن الدين قبل الوصية[(٥)]، وقد ذكرنا ذلك عن ابن عباس في كتاب الوصية، لكنه لم يسند ذلك إلى قضاء رسول الله ﷺ، ولا يمنع الدين انتقال الملك في التركة إلى الورثة على الجديد[(٦)]؛ لأنه لو كان باقيًا على [الملك للميت][(٧)] لوجب أن يرثه من أسلم أو عتق[(٨)] من أقاربه قبل قضاء الدين، وألا يرثه من مات قبل قضاء الدين من الورثة، فعلى هذا ما يحدث من زوائد وفوائد قبل قضاء الدين يسلم للورثة، وإن لم توف أعيان

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٤٨٥) كتاب الجنائز، باب: إذا لم يجد كفنًا، الحديث (١٢٧٦)، ومسلم (٢/ ٦٤٩) كتاب الجنائز، باب: في كفن الميت، الحديث (٤٤/ ٩٤٠).

(٢) في س: مآزير. (٣) في س: كاتبًا، وفي د: مكاتبًا.

(٤) في د: قضى.

(٥) أخرجه الترمذي (٤/ ٤١٦) كتاب الفرائض، باب: ما جاء في ميراث الإخوة من الأب والأم رقم (٢٠٩٤)، وابن ماجه (٢/ ٩٠٦)، كتاب الوصايا، باب: الدين قبل الوصية، رقم (٢٧١٥).

قال الترمذي: وهذا حديث لا نعرفه إلاَّ من حديث أبي إسحاق عن الحارث عن علي، وقد تكلم أهل العلم في الحارث، والعمل بهذا الحديث عند عامة أهل العلم.

وعلقه البخاري (٥/ ٤٤٣) كتاب الوصايا.

(٦) في ب: المشهور. (٧) في س: ملك الميت. (٨) في س: أعتق.

التركة بالديون، ولا شك على هذا في أن الدين يتعلق بالتركة، لكن كتعلق [الرهن أو][١] الجناية؟ فيه قولان، ويقال وجهان:

أحدهما: [أنه][٢] كتعلق الدين بالمرهون، لأن الشارع إنما أثبت التعلق نظرًا للميت لتبرأ ذمته، فاللائق به ألا يسلط الوارث عليه. وهذا أظهر فيما ذكره الإمام وغيره.

والثاني: أنه كتعلق الأرش [برقبة العبد الجاني][٣] لأن كلًّا منهما ثبت شرعًا من غير اختيار المالك، وسيكون لنا عودة إلى ذلك في القسمة [إن شاء الله تعالى.

وقد حكى الإمام في باب «صدقة الفطر» أن بعض أصحابنا ذكر قولًا بعيدًا: «أن الدين يمنع حصول الملك للورثة»، وأن هذا القول ذكره شيخه والصيدلاني وغيرهما، وقال في كتاب «الشفعة»: «إنه القديم، والمشهور نسبته إلى الإصطخري» وجهه: أنه لو بيع كانت العهدة على الميت دون الورثة؛ فدل على بقاء ملكه.

قال الإمام في زكاة الفطر: «وقد تردد المفرِّعون على هذا، فالذي صغا إليه معظمهم أن الأمر موقوف، فإن صرفت أعيان التركة في الديون تبينّا أن الورثة لم يملكوها، وإن أبرأ أصحاب الديون الميت، أو أدى الورثة الدين من خوالص أموالهم - تبينّا أنهم ملكوها بموت المورث، وما نقله الربيع من أن على الورثة إخراج الزكاة عن عبيد التركة إن بقوا لهم - يشعر بذلك.

وقال آخرون: «إن الملك يثبت للورثة عند زوال الدين من غير تبين»، قال: «وهذا في نهاية الضعف»][٤].

وعلى هذا هل يمنع نقل كل التركة أم قدر الدين؟ فيه وجهان مذكوران في «النهاية»، والرافعي في آخر كتاب الشفعة، وقد حكى القاضي الحسين والفوراني في كتاب الوصية وجهًا: أن الوصية تمنع الإرث كما يمنعه[٥] الدين على رأي،

---

(١) في ب: الدين و (٢) سقط في س، د. (٣) في س، د: برقبته لو جني.

(٤) بدل ما بين المعقوفين في د، س: والقديم كما حكاه الإمام في كتاب الشفعة، وبه قال الإصطخري: أن الدين يمنع انتقال الإرث لأنه لو بيع كانت العهدة على الميت دون الورثة فدل على بقاء ملكه.

(٥) في ب: منعها.

وهذا يظهر فيما إذا كانت الوصية بقدر من الثلث لا بشيء معين ولا بالثلث، ويكون مادته من قولنا: إن يسير الدين يمنع الإرث.

قال: **ثم تقسم تركته بين ورثته لآيات النساء.**

قال: **والوارثون من الرجال**، - أي: في الجملة - **خمسة عشر: الابن، وابن الابن وإن سفل، والأب، والجد** - أي: أبو الأب - **وإن علا، والأخ للأب والأم، [والأخ للأب]**[١]**، والأخ للأم، وابن الأخ للأب والأم، وابن الأخ للأب، والعم للأب والأم، والعم للأب، وابن العم للأب والأم، وابن العم للأب، والزوج، والمولى المعتق.**

وقد عدهم الغزالي [وغيره][٢] عشرة: اثنان من السبب[٣] وهما: المعتق والزوج، واثنان من أعلى النسب وهما: الأب والجد أبو الأب، واثنان من الأسفل[٤] وهما: الابن وابن الابن، وأربعة على الطرف وهم: الإخوة وبنوهم إلا بني الإخوة للأم، والأعمام وبنوهم إلا الأعمام من جهة الأم، وهم إخوة الأب لأمه خاصة، وإذا اجتمع هؤلاء المذكورون لم يرث منهم إلا ثلاثة: الأب، والابن، والزوج.

قال: **والوارثات من النساء** - [أي][٥] على الجملة - **إحدى عشرة: البنت، وبنت الابن وإن سفلت، والأم، [والجدة من قبل الأم]**[٦]**، والجدة من قبل الأب، والأخت للأب والأم، والأخت للأب، والأخت للأم، والزوجة، والمولاة المعتقة، ومولاة المولاة.**

ومنهم من عدهن عشرة واكتفى بذكر المولاة عن مولاة المولاة، كما اكتفى بالمولى في جانب الرجال عن مولى المولى، وعدهن الغزالي، وغيره سبعة: اثنان من السبب[٧]، وهما: الزوجة، والمعتقة، واثنتان من أعلى النسب، وهما: الأم والجدة، واثنتان من أسفل، وهما: البنت وبنت الابن، وواحدة من الطرف وهي الأخت، وإذا اجتمعت المذكورات لم يرث منهن إلا خمسة: الزوجة، والبنت، وبنت الابن، والأم، والأخت من الأبوين، وإذا اجتمع من يمكن اجتماعهم من

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في س، د.
(٣) في د: النسب.
(٤) في: أسفل.
(٥) سقط في ب.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: النسب.

الذكور والإناث ورث الأبوان، والابن والبنت، ومن يوجد من الزوجين.

والدليل على أن من ذكر وارث - الإجماع والنصوص التي ستعرفها، وعلى عدم وراثة غيرهم التمسك بالأصل.

واعلم أن من انفرد من الرجال حاز جميع التركة إلا الزوج والأخ للأم، ومن انفرد من النساء لم يحز جميع التركة إلا من لها الولاء[(١)].

قال: **ومن قتل مورثه لم يرثه**، أي: سواءً كان بمباشرة أو سبب، مضمونًا بقصاص أو دية أو كفارة، أو غير مضمون لوقوعه عن حدٍّ أو قصاص، صدر من مكلف أو غير مكلف، [ووجهه: عموم قوله][(٢)] ﷺ: «لَيْسَ لِلْقَاتِلِ مِيرَاثٌ»[(٣)]، كما رواه عمر - رضي الله عنه - وقوله عليه السلام: «لَا يَرِثُ الْقَاتِلُ شَيْئًا»[(٤)] كما رواه ابن عباس، ويروى: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَإِنَّهُ لا يَرِثُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُهُ»[(٥)].

---

(١) في س: ولاء.

(٢) في س، د: بقوله.

(٣) أخرجه الدارقطني (٤/ ٩٥) كتاب الفرائض: حديث (٨٣) من طريق محمد بن سليمان ابن أبي داود ثنا عبد الله بن جعفر بن يحيي بن سعيد عن سعيد بن المسيب عن عمر به بلفظ: «ليس للقاتل ميراث».
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٢٩): وأعله ابن القطان في كتابه بأن سعيدًا لم يسمع من عمر وأعله ابن الجوزي في «التحقيق» بمحمد بن سليمان هذا، قال أبو حاتم الرازي: متروك الحديث وأقره صاحب التنقيح عليه.
وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٨٤) كتاب الديات: باب القاتل لا يرث حديث (٢٦٤٦) من طريق عمرو بن شعيب أن أبا قتادة رجل من بني مدلج قتل ابنه فأخذ منه عمر مائة من الإبل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة فقال: أين أخو المقتول؟ سمعت رسول الله ﷺ يقول: ليس لقاتل ميراث وأخرجه من هذا الطريق أيضًا مالك (٢/ ٨٦٧) كتاب العقول: باب ما جاء في ميراث العقل والتغليظ فيه حديث (١٠) وعبد الرزاق (٩/ ٤٠١) رقم (١٧٧٧٨).
وقال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٣٤٠): هذا إسناد حسن للإختلاف في عمرو ابن شعيب.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٢٩): قال البيهقي في المعرفة وحديث عمرو ابن شعيب عن عمر فيه انقطاع. ا.هـ.

(٤) أخرجه أحمد (٢/ ٢٢٤)، وأبو داود (٤/ ٦٩١، ٦٩٤)، كتاب الديات، باب: ديات الأعضاء، الحديث (٤٥٦٤)، والنسائي (٨/ ٤٢، ٤٣) كتاب القسامة، باب: ذكر الاختلاف على خالد الحذاء، وفي الكبرى (٤/ ٧٩)، وابن ماجه (٢/ ٨٧٨، ٨٧٩)، كتاب الديات، باب: دية الخطأ، الحديث (٢٦٣٠).

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢٢٠)، وذكره الحافظ في تلخيص الحبير (٣/ ١٩٢)
=

ولأنا لو ورثناه لم نأمن من مستعجل الإرث أن يقتل مورثه؛ فاقتضت المصلحة حرمانه.

قال: وقيل: إن كان متهمًا في القتل، أي كالمخطئ، والحاكم إذا قتله في الزنى بالبينة، لم يرثه؛ [للتهمة باستعجال](١) الإرث، وإن لم يكن متهمًا أي: كالحاكم إذا قتله في الزنى بإقراره ورثه؛ لأن [الإمام](٢) مأمور بذلك، محمول عليه، ولاتهمة(٣) في حقه، ويحكى هذا عن تخريج ابن سريج وابن خيران، وطرد(٤) فيما إذا حفر بئرًا في محل عدوان، أو وضع فيه حجرًا فتعثر(٥) مورثه به فمات، قال الماوردي: وهو ينكسر بالخاطئ.

قال: وقيل: إن كان القتل يوجب ضمانًا أي: ولو الكفارة لا غير، كما إذا رمى إلى صف الكفار في القتال، ولم يعلم أن فيهم مسلمًا، وكان فيهم مورثه فقتله - لم يرث، لأنه قتل بغير حق، وإن لم نوجب ضمانًا لقتله حدًّا أو(٦) قصاصًا، أو(٧) دفعًا لصياله، أو(٨) دفعه إذا كان باغيًا- ورث؛ لأنه قتل بحق فأشبه قتل الإمام له في الحد، وهذا ما قال القاضي الروياني: إنه الاختيار، و[لا يبعد](٩) تخصيص الأخبار بالقياس.

وقد تحصَّل مما ذكرناه أن الموجب للضمان مطلقًا يقتضي الحرمان، سواء كان بالقصاص أو الدية أو الكفارة، وفي القتل الذي لا يوجب ضمانًا خلاف، وهو في بعض الصور مرتب على بعض عند بعضهم: فقتل(١٠) الإمام المعترف بالزنى يترتب عليه قتله بالبينة، وأولى بأن يحرم، وقتله قصاصًا يترتب على قتله عمدًا(١١)، وأولى بالحرمان(١٢)، [لكونه مخيرًا بين الفعل والترك، وقتله لدفع صياله، وبغية مرتب على قتله قصاصًا، وأولى بالحرمان(١٣)](١٤)؛ لاحتمال إمكان

= وعزاه له من طريق عبد الرزاق، عن معمر، عن رجل، عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا فذكره بزيادة: «وإن كان والده أو ولده»، والرجل المذكور هو عمرو بن برق، قاله عبد الرزاق راوي الحديث، وهو ضعيف عندهم.

(١) في س: بالتهمة في استعمال.
(٢) سقط في ب.
(٣) في د: لأنه.
(٤) زاد في س: هذا.
(٥) في س، د: فتردى.
(٦) في ب: و.
(٧) في ب: و.
(٨) في ب: و.
(٩) في س، د: لاحد.
(١٠) في ب: بقتل.
(١١) في ب، س: حدًّا.
(١٢) في ب: بالجواز.
(١٣) في ب: بالجواز.
(١٤) سقط في س.

الدفع بدونه وقتله إذا كان عادلًا من الباغي، إذا قلنا بعدم وجوب الضمان على الباغي مرتب على المسألة قبلها وأولى بالحرمان؛ لكونه بغير حق.

وقد حكى الحناطي قولًا: أن القاتل خطأ يرث مطلقًا، وحكي عن صاحب التقريب وجه في مطلق القتل بالسبب: أنه لا يوجب الحرمان، وحكي [عن][(١)] ابن اللبان وغيره رواية وجه فيما إذا سقى الوارث الموروث دواءً، أو بط جرحه لكونه وليًّا عليه أنه لا يحرم، والصحيح الأول؛ لعموم الأخبار.

فرعان:

أحدهما: المكره على قتل مورثه لا يرثه[(٢)]، وإن قلنا: لا ضمان عليه؛ لأنه آثم، وقيل: يرثه.

الثاني: لو شهد على مورثه بما يوجب القتل قصاصًا أو حدًّا، وقتل بشهادته، ففي إرثه الخلاف المذكور فيما إذا قتله قصاصًا، ولو شهد على إحصانه، وشهد غيره بالزنى فهل يحرم شاهد الإحصان؟

قال ابن اللبان وآخرون: فيه مثل هذا الخلاف.

قال الرافعي: ويشبه أن يجيء فيه طريقة قاطعة بأنه لا يحرم، ولو زكى [الوارث][(٣)] شهود الزنى ففيه الخلاف.

قال: ولا يرث أهل ملة من [غير][(٤)] **أهل ملتهم** - أي كالمسلمين من الكفار - لما روي عن أسامة بن زيد [أن النبي][(٥)] ﷺ قال: «لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ»[(٦)] خرجه البخاري ومسلم وغيرهما.

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى»[(٧)] أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه، ولا فرق في ذلك بين

---

(١) سقط في س، د. (٢) في س: يرث. (٣) سقط في ب.
(٤) سقط في ب. (٥) في ب: أنه.
(٦) أخرجه مالك (٢/ ٥١٩) كتاب الفرائض: باب ميراث أهل الملل حديث (١٠)، والبخاري (١٢/ ٥٠) كتاب الفرائض: باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم حديث (٦٧٦٤)، ومسلم (٣/ ١٢٣٣) كتاب الفرائض حديث (١/ ١٦١٤)، من طريق الزهري عن علي بن الحسين عن عمرو بن عثمان عن أسامة بن زيد قال: قال رسول الله ﷺ..... فذكره.
(٧) أخرجه أحمد (٢/ ١٧٨) وأبو داود (٣/ ٣٢٨) كتاب الفرائض: باب هل يرث المسلم الكافر حديث (٢٩١١)، والنسائي في الكبرى (٤/ ٨٢)، وابن ماجه (٢/ ٩١٢) كتاب الفرائض: =

القريب والمعتق، ولا بين أن يسلم قبل القسمة أو يستمر على كفره.

قال الشيخ أبو محمد: «والفرق بين الميراث حيث لا يرث المسلم من الكافر[١]، وبين النكاح حيث يجوز له نكاح بعض الكفار - وأن التوارث مبني على الموالاة والمناصرة، ولا موالاة[٢] بين المسلم والكافر بحال، ومواصلتنا لهم نوع تشريف لهم؛ فاختص بمن له أصل في الإحرام وهم أهل الكتاب.

قال: **إلا الكفار؛ فإنه يرث بعضهم من بعض مع اختلاف الملل؛** لأن جميع[٣] [الملل][٤] في البطلان كالملة الواحدة، قال الله تعالى: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾ [الكافرون: ٦]، وقال تعالى: ﴿فَمَاذَا بَعْدَ ٱلْحَقِّ إِلَّا ٱلضَّلَٰلُ﴾ [يونس: ٣٢]، فأشعر بأن[٥] الكفر كله ملة واحدة، ولأن حقن دمهم بسبب واحد فورث بعضهم بعضًا كالمسلمين. وقد حكي عن ابن خيران وغيره تخريج وجه: أن اختلاف الملل يمنع التوارث؛ بناءً على أن الكافر إذا انتقل من دين إلى دين لا يقر عليه، واختاره الأستاذ أبو منصور، ويدل عليه ظاهر قوله ﷺ: «لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى»[٦] والصحيح الأول، والحديث[٧] محمول على الإسلام والكفر، ويؤيده أنه جاء في بعض الروايات: «لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ: لَا يَرِثُ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ»[٨]، فجعل الثاني بيانًا للأول.

= باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك حديث (٢٧٣١) وسعيد بن منصور في «سننه» رقم (١٣٧) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٩٦٧) والدارقطني (٤/ ٧٥) كتاب الفرائض حديث (٢٥) وابن عدي في «الكامل» (٥/ ٨٢) والبيهقي (٦/ ٢١٨) كتاب الفرائض: باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤٧٩) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٥/ ٢٩٠) وابن عبد البر في «التمهيد» (٩/ ١٧٢) كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا فذكره.

والحديث صحّحه ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ٣٥) فقال: رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والدارقطني من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وإسناد أبي داود والدارقطني إسناد صحيح. ا.هـ.

(١) في ب: كافر، د: الكفار. (٢) في د: مناصرة. (٣) في د: الجميع.

(٤) سقط في د. (٥) في ب: أن. (٦) تقدم.

(٧) في س، د: والمذهب.

(٨) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ٢٦٦)، وأبو بكر الشافعي في الغيلانيات (١/ ٩٤)، والحاكم(٢/ ٢٦٢) كتاب التفسير، من حديث أسامة بن زيد، قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

قال: ولا يرث حربي من ذمي، ولا ذمي من حربي؛ لأن الموالاة انقطعت بينهما؛ فلم يتوارثا كالمسلم مع الكافر. وهذا ما أورده الأكثرون، وهو الصحيح.

قال الرافعي: وربما نقل إجماع العلماء عليه، وحكى الإمام وغيره قولًا: أنهما يتوارثان، وبعضهم قال: ولنا قول: أن الذمي يرث من الحربي. والمعاهد والمستأمن كالذمي، أو كالحربي؟ فيه وجهان: أصحهما الأول، والثاني محكي عن ابن سريج.

قال: ولا يرث العبد والمرتد من أحدٍ، أما امتناع [إرث][1] العبد؛ فلأنه[2] لو ورث لكان الملك لسيده، والسيد أجنبي من الميت، فلا يمكن توريثه منه، والمدبر وأم الولد والمكاتب في هذا المعنى كالقن، ومن نصفه حر ونصفه رقيق لا يرث على الصحيح، وقد روي عن ابن سريج أنه ورثه بقدر[3] ما فيه من الحرية، وبعضهم حكى[4] عن المزني أنه خرجه قولًا للشافعي [- رضي الله عنه -][5] وبعضهم أثبته مذهبًا للمزني، وعلى ذلك جرى الفرضيون، وبعضهم لم يثبت[6] ذلك تخريجًا منه ولا مذهبًا له، وما قاله بعد نقله عن الشافعي [- رضي الله عنه-][7] أن نصف العبد إذا كان حرًّا يرث أباه إذا مات، والقياس على قوله: إنه يرث إنما قصد بهذا الكلام الاحتجاج على أنه لا يورث، أي: لو ورث لورث، ثم على قول التوريث[8] لو مات الحر وخلف ابنًا نصفه حر وأخًا[9] حرًّا، كان لابنه النصف ولأخيه النصف، ولو خلف اثنين نصفهما حر ففي مالهما قولان حكاهما الماوردي لأصحابنا تخريجًا على مذهبه:

أحدهما : النصف أيضًا.

والثاني : الكل.

وأما[10] امتناع إرث المرتد؛ فلأنه لا سبيل إلى أن يرثه مرتد مثله لما ذكرناه، ولا مسلم؛ لخبر أسامة، وانقطاع الموالاة بينهما، ولا كافر أصليٌّ؛ لأنه لا يقر

---

(١) سقط في ب.
(٢) في ب: فإنه.
(٣) في د: بعدد.
(٤) في س، د: خرجّه.
(٥) سقط في ب.
(٦) في ب: يتثبت.
(٧) سقط في ب.
(٨) في د: التورث.
(٩) في س: وآخر.
(١٠) في ب: أما.

على دينه[١]، وذلك مقر عليه، فكانت المنافاة بينهما ثابتة؛ فبطل إرثه، وقد ذكرنا عن الإمام من قبل احتمالًا في إرثه من مثله.

قال: وإذا مات [متوارثان بالغرق أو الهدم][٢]، **ولم يعرف السابق منهما، لم يورث أحدهما من الآخر،** لأنه لا يعلم حياته عند موت صاحبه فلم يرثه، كالجنين إذا خرج ميتًا، ومن طريق الأولى لا يرث أحدهما من الآخر إذا احتمل موتهما معًا، وعلل الشيخ أبو حامد ذلك بأن لو ورثنا كل واحد من الآخر لحكمنا بالخطأ قطعًا؛ لأنهما إن ماتا معًا فقد ورثنا ميتًا عن ميت، وإن ماتا على الترتيب ففيه توريث من تقدم موته عمن تأخر.

تنبيه: كلام الشيخ صريح في عدم توريث أحدهما من الآخر، ومنه يفهم أنه لا يوقف بسبب الآخر شيء كان يستحقه لو تحقق موت صاحبه قبله، [بل يصرف مال كل منهما إلى من يرثه لو تحقق موت صاحبه قبله][٣] لأنا إنما نوقف لمن يجوز أن يحكم له بالتوريث، والشيخ قد جزم هاهنا بأنه لا يورث[٤] أحدهما من الآخر، وهذا ما صرح به الأصحاب. نعم قالوا: لو عرفنا موت السابق منهما ثم نسيناه وقف ميراثهما على الصحيح من المذهب حتى نتذكر؛ لإمكان ذلك، بخلاف التوقف في الحالة السابقة، فإن ذلك لا غاية له [تنتظر][٥]، وليس كما إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات ولم يبين، حيث يوقف إلى أن يصطلح[٦]؛ لأن معنا ثم أصلًا في حق كل [واحدة][٧] منهن لا يعارضه أصل آخر، فلأجله أوقفنا إلى الاصطلاح وجوزناه، وليس كذلك هاهنا؛ لأنا إذا جردنا النظر إلى أحدهما وقلنا: الأصل بقاء حياته إلى موت صاحبه فيرثه[٨]، أدى إلى ألا يرث؛ لأن الأصل في الآخر بقاء الحياة؛ فلا يورث، فيكون ما جعلناه سببًا للتوريث مانعًا منه، ونظير المسألة: ما إذا وقع في أحد الإنائين نجاسة، ولم تعرف عينها[٩] لا يمكن الأخذ بالأصل في كل واحد منهما؛ لما ذكرناه. وقد ذكر وجه فيما إذا عرف السابق، ثم نسي[١٠]: كما [لو][١١] لم تعرف عينه أصلًا، وإليه مال

---

(١) في ب: ذنبه. (٢) في س: متوارثان بغرق أو هدم.
(٣) سقط في س، د. (٤) في س: يرث. (٥) سقط في ب.
(٦) في د: يصلح. (٧) سقط في ب. (٨) في ب: فيرتد.
(٩) في ب: عينه. (١٠) زاد في س: أنه. (١١) في ب: إذا.

الإمام، وحكي [أن][1] ابن اللبان [حكى][2] عن بعض [أصحابنا] [3] المتأخرين فيما إذا [تلاحق][4] الموتان ولم يعلم السابق: أنه يعطي كل وارث ما يتيقن أنه له، ويوقف المشكوك فيه، وحكاه أبو حاتم القزويني عن ابن سريج وقال: إن شيخه أبا الحسن - يعني ابن اللبان - قال به.

ثم جميع ما ذكرناه فيما إذا تحققت القرابة والموت اللذان يترتب عليهما [الميراث][5]، أما إذا انتفت[6] القرابة باللعان فلا توارث بين المنفي والنافي، لكن ليس لتحقُّق وهو القرابة، وثبوت مانع كما ذكره بعضهم؛ بل لانتفاء السبب[7]؛ فإن المانع إنما يكون بعد وجود السبب[8]، وفي سلسلة [الشيخ][9] أبي محمد وجه مخرج: أن اللعان لا يقطع النسب بين النافي والمنفي؛ بناء على أن الملاعن لا يحل له أن ينكح المنفية باللعان إذا لم يكن قد دخل بأمها، وإذا انتفى التوارث بين المنفي [باللعان وبين][10] النافي، فهل ينتفي بينه وبين التوءم[11] المنفي منه باللعان؟ فيه وجهان:

أصحهما، وبه قال أبو إسحاق: الانتفاء.

والثاني: يتوارثان بأخوة الأب، وهذا الوجه جار في التوءمين من الزنى، كما حكاه ابن الصباغ في باب اللعان والماوردي والحناطي وغيرهم.

وإذا شككنا في الموت كما إذا غاب شخص وانقطع خبره، أو جهل حاله بعد دخوله في حرب، أو انكسرت سفينة وهو فيها فلم يعرف حاله - لم يورث ماله إلا أن تقوم بينة على موته، أو تمضي مدة يحكم الحاكم فيها بأن مثله لا يعيش فيها؛ فحينئذ يحكم بميراثه لأقاربه والوارثين[12] حالة موته إذا ثبت بالبينة وحاله الحكمُ بموته إذا طالت مدته، كما صرح [به][13] المصنف وابن الصباغ والغزالي وابن اللبان، وأبو الحسن العبادي.

وعن الأستاذ أبي منصور أنه قال في الحالة الثانية: إن الصحيح أنه لا يقسم

---

(١) سقط في س، د.
(٢) سقط في س، د.
(٣) سقط في ب.
(٤) سقط في ب.
(٥) سقط في س، د.
(٦) في ب: تيقنت.
(٧) في س: النسب.
(٨) في س: النسب.
(٩) سقط في د.
(١٠) في س: واللعان و.
(١١) في س: القوم.
(١٢) في د: الوارثين.
(١٣) سقط في س.

ماله، ولا مدة ينتهي إليها؛ لاختلاف أعمار الناس في جميع الأعصار[١]، وقد نص الشافعي - [رضي الله عنه][٢] - [على][٣] أن زوجة المفقود تصبر إلى أن يعرف حاله؛ فكذلك هاهنا، ثم على الأول ما المدة المعتبرة في توريث ماله؟ مجموع ما ذكره أصحابنا أوجه:

أضعفها: أنه يكمل عمره بسبعين[٤] سنة.

والثاني: أنها ليست مقدرة، بل المعتبرة مدة يتيقن فيها بأنه لا يعيش [أكثر منها][٥]؛

والثالث - وهو أرجحها -: أن المعتبر مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش أكثر منها.

وقد نقل عن ابن اللبان أنه لا يعتبر حكم الحاكم بعد مضي [مدة يعلم فيها موته، وقريب منه ما حكي عن إشارة العبادي في الرقم إلى أنه لا يشترط أن يقع حكم الحاكم بعد مضي][٦] المدة، إذا كان قد ضرب له مدة لا يعيش في الأغلب أكثر من تلك المدة، فإذا انتهت فكأنه ذلك اليوم قد مات.

وأما ميراث المفقود[٧] من قريبه الذي مات في حال فقده قبل الحكم بموته - فموقوف أيضًا إلى أن يحكم بموته، ثم إن كان المفقود يستوعب ميراث القريب - وقف جميع ميراثه، وإن لم يستوعب: بأن كان في ورثة الميت من لا يختلف حاله بوجود المفقود أو عدمه - أعطى [الحاضر نصيبه، وإن كان يختلف نصيب الحاضر بوجود المفقود أو عدمه أعطي][٨] الحاضر ما يتيقن أنه حقه، ووقف ما يشك فيه.

مثاله: [ما][٩] إذا كان المفقود أختًا لأب، والميت امرأة، والوارث: زوج، وأم، وأخ لأب - فإن كان المفقود حيًّا كانت[١٠] المسألة من ستة: للزوج ثلاثة، وللأم سهم، وللأخوين سهم، لا يصح عليهما؛ فتضرب المسألة في أصل[١١] الكسر - وهو ثلاثة - تبلغ ثمانية عشر، ومنها يصح للزوج تسعة، وللأم ثلاثة، وللأخ

---

(١) في د: ذلك.
(٢) سقط في ب.
(٣) سقط في س، د.
(٤) في د: تسعين.
(٥) في ب: أكثرها.
(٦) سقط في س، د.
(٧) في ب: المعقود.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في س، د.
(١٠) في ب: كان.
(١١) في س، د: مخرج.

أربعة[١]، ويوقف للمفقود سهمان.

وإن كان ميتًا، فالمسألة من[٢] ستة: للزوج ثلاثة، وللأم سهمان، وللأخ سهم، وبين المسألتين[٣] موافقة بالثلث، فتضرب ستة في ستة، أو ثمانية عشر في اثنين؛ تبلغ ستة وثلاثين؛ فالزوج لا يختلف حاله في الصورتين؛ فيعطى النصف - ثمانية عشر - والأم[٤] لها من مسألة الحياة[٥]: ثلاثة مضروبة في وفق مسألة الموت - وهو سهمان- بستة، وللأخ من مسألة الموت سهم مضروب في وفق مسألة الحياة - وهو ستة بستة، والباقي - وهو ستة - موقوف بين [الزوج][٦] والأم والأخ والمفقود، فإن ظهر موته سلمت[٧] للأم، وبها يكمل لها الثلث، وإن ظهر حيًّا سلم للمفقود أربعة، وللأخ سهمان؛ يكمل له بهما ثمانية، وهي[٨] مِثلا ما أخذت الأخت، وعلى هذا فقس.

ومسائل هذا الباب كثيرة؛ لا يسع هذا [الكتاب][٩] استيعابها، والله [عز وجل][١٠] أعلم.



(١) في ب: يوقف.
(٢) في ب: عن.
(٣) في ب: المسألة.
(٤) في ب: وللأم.
(٥) في ب: الجناية.
(٦) سقط في ب.
(٧) في د: سلم.
(٨) في س، د: وهو.
(٩) في س: الباب، سقط في ب.
(١٠) سقط في ب.

باب ميراث أهل الفرض

الإرث والميراث أصله: العاقبة؛ كما قاله المبرد، ومعناه هاهنا: الانتقال من واحد إلى واحد.

قال: وأهل الفرض: هم الذين يرثون الفروض المذكورة في كتاب الله تعالى، وغير[1] الشيخ قال: [هو][2] كل من له سهم مقدر شرعًا؛ لا يزيد عليه ولا ينقص [عنه][3].

قال: **وهي النصف، والربع، [والثمن][4]، والثلثان، والثلث، والسدس، وهم عشرة: الزوج، والزوجة، والأم، والجدة، والبنت، وبنت الابن، والأخت، وولد الأم، والأب مع الابن، أو[5] ابن الابن[6]، و[7] الجد مع الابن أو ابن الابن:**

فأما الزوج فله النصف مع عدم الولد وولد الابن، وله الربع مع الولد و[8] **ولد الابن**؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ الآية [النساء: ١٢].

قال: وأما الزوجة فلها الربع؛ مع عدم الولد وولد الابن، ولها الثمن مع الولد [وولد الابن][9]؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم﴾ الآية [النساء: ١٢].

فثبت هذا [الحكم][10] بالنص عند فقد الولد، وعند وجوده، وقيس [عليه][11] ولد الولد؛ لإجماعهم على أنه بمنزلته في الإرث والتعصيب؛ فكذلك في حجب الزوجين وغيرهم.

---

(١) في ب: وعن.
(٢) سقط في ب.
(٣) سقط في س، د.
(٤) سقط في د.
(٥) في ب: و.
(٦) في س: ابن.
(٧) في ب: أو.
(٨) في ب: أو.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في ب.
(١١) سقط في ب.

ومنهم من قال: إن اسم «الولد» يقع على ولد الابن أيضًا؛ فهما مرادان باللفظ؛ ويشهد لذلك قوله تعالى: ﴿يَبَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الأعراف: ٣١]، وقوله:﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمۡ إِبۡرَٰهِيمَۚ﴾ [الحج: ٧٨]، وقوله عليه السلام: «أَنَا النَّبِيُّ لَا كَذِبْ، أَنَا ابْنُ عَبْدِ الْمُطَّلِبْ»[١]، وقول الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا، وبناتنا　　بنوهن أبناء الرجال الأباعدِ[٢]

تنبيه: الزوجة: - بالهاء - لغة قليلة، والأفصح[٣] الأشهر أن [يقال للمرأة][٤]: زوج بلا هاء، وبه جاء القرآن، وقد جاءت بالهاء في الأحاديث الصحيحة [المشهورة][٥].

وتحسن[٦] هذه اللغة في كتاب الفرائض؛ للفرق.

قال: وللزوجتين[٧] **والثلاث والأربع ما للواحدة من الربع والثمن؛** لأنا لو جعلنا ذلك لكل واحدة لاستغرق المال، ولزاد نصيبهن على نصيب الزوج.

قال الرافعي: وهذا توجيه[٨] إقناعي، وكفى بالإجماع[٩] حجة، وبعضهم استدل على ذلك بعموم الآية.

قال: وأما الأم فلها الثلث مع عدم الولد وولد الابن، أو اثنين من الإخوة والأخوات - أي: سواء كانا[١٠] من الأبوين أو من أحدهما - ولها السدس مع الولد، وولد الابن، والاثنين[١١] **من الإخوة والأخوات؛** لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞۚ فَإِن لَّمۡ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٞ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾ الآية [النساء: ١١]، فنصت الآية على أن للأم الثلث؛ إذا لم يكن للميت[١٢] ولد ولا إخوة، وعلى أن لها السدس إذا كان له ولد أو إخوة.

---

(١) أخرجه البخاري (٦/ ٢٠٤) كتاب الجهاد، باب: من صف أصحابه عند الهزيمة (٢٩٣٠)، ومسلم (٣/ ١٤٠٠) كتاب الجهاد، باب: في غزوة حنين (٧٨/ ١٧٧٦).
(٢) البيت للفرزدق في خزانة الأدب (١/ ٤٤٤).
(٣) في د: والأصح.
(٤) في ب: المرأة.
(٥) سقط في ب.
(٦) في د: تحسين.
(٧) في س: للزوجين.
(٨) في س، د: جواب.
(٩) في ب: الإجماع.
(١٠) في ب: كانوا.
(١١) في س: اثنين.
(١٢) في د: للبنت.

وقد ذكرنا أن ولد الابن[(١)] قائم مقامه في ذلك، وأما اكتفاؤنا بالأخوين مع أن الآية وردت بصيغة الجمع [لا التثنية؛ [فذلك][(٢)] أن الجمع][(٣)] قد يعبر به عن الاثنين، وقد روي أن ابن عباس احتج على عثمان، وقال: لا كيف تردها إلى السدس بالأخوين وليسا بإخوة، فقال عثمان: لا أستطيع رد شيء كان قبلي، ومضى في البلدان، وتوارث الناس به». فأشار إلى إجماعهم عليه قبل أن أظهر ابن عباس الخلافَ، وروي أنه ""، [له][(٤)]: حجبها قومك يا غلام.

وأيضا فإنه حجب يتعلق بعدد، فكان الاثنان أقله[(٥)]: كحجب البنات[(٦)] بنات الابن.

ولا يقوم أولاد الإخوة مقام الإخوة في حجبها من الثلث إلى السدس؛ لأنهم لا يسمون إخوة، والآية دلت على أن الحاجب لها الإخوة.

قال: **ولها ثلث ما يبقى[(٧)] بعد فرض الزوج أو الزوجة في فريضتين، وهما: زوج وأبوان، أو زوجة وأبوان.**

صورة الفريضة الأولى: إذا ماتت المرأة وخلفت[(٨)] زوجها وأبويها[(٩)]: فللزوج[(١٠)] النصف، والباقي وهو النصف - [للأم ثلثه - وهو سدس الأصل - والباقي للأب.

وصورة الثانية: [إذا][(١١)] مات الرجل[(١٢)] وخلف زوجة وأبوين: للزوجة الربع، والباقي - وهو النصف][(١٣)] والربع-: للأم [ثلثه][(١٤)] وبقيته للأب.

ووجه الأصحاب ذلك بأنه شارك الأبوين ذوا[(١٥)] فرض، فكان للأم ثلث ما فضل عن الفرض، كما لو شاركتها[(١٦)] بنت؛ وبأن كل ذكر وأنثى لو انفرد لقسم المال بينهما أثلاثا، فإذا اجتمعا مع الزوج أو[(١٧)] الزوجة وجب أن يكون الفاضل

---

(١) في س، د: الولد.
(٢) سقط في ب.
(٣) سقط في د، وفي س: لأن التثنية أن الجمع.
(٤) سقط في ب.
(٥) في ب: قبله.
(٦) في س: للبنات.
(٧) في س، د: بقي.
(٨) في ب: خلف.
(٩) في د: أبوها.
(١٠) في س: فلزوجها.
(١١) سقط في س.
(١٢) في س: رجل.
(١٣) سقط في د.
(١٤) سقط في د.
(١٥) في ب: ذوا.
(١٦) في س: شاركها، ب: شاركتهما.
(١٧) في ب: و.

عن فرضهما[(١)] بينهما أثلاثا؛ كالأب[(٢)] والأخت، وذهب ابن سريج إلى أن لها في المسألتين الثلث كاملا؛ عملا بظاهر الآية، وعن[(٣)] أبي الحسن[(٤)] بن اللبان - كما أشار إليه الشيخ أبو حاتم القزويني- أن لها [الثلث كاملًا في الأولى][(٥)].

قال الأصحاب: وذلك ليس بشيء؛ لما ذكرناه، مع أن فيه مخالفة لقاعدة الفرائض؛ فإن القاعدة فيها أنه إذا اجتمع ذكر وأنثى في درجة واحدة - كان للذكر ضعف الأنثى أو مساواتها[(٦)]، وهذا يؤدي إلى [تفضيل الأنثى][(٧)] على الذكر[(٨)]، وعدل الأصحاب عن قولهم: إن للأم في [الصورة][(٩)] الأولى السدس، وفي الثانية: الربع إلى ثلث ما يبقى؛ لموافقة [لفظ][(١٠)] الكتاب العزيز في بعض ذلك.

قال: وأما[(١١)] **الجدة فإن**[(١٢)] **كانت أم الأم** أي: وإن علت، **أو أم الأب** أي: وإن علت، [**فلها السدس**][(١٣)].

الأصل[(١٤)] فيها: ما [روي][(١٥)] عن قبيصة بن ذؤيب قال: جاءت الجدة إلى أبي بكر تسأله ميراثها فقال: «ما لك في كتاب الله شيء، وما علمت لك في سنة رسول الله ﷺ [شيئًا][(١٦)]؛ فارجعي حتى أسأل الناس»، فسأل الناس، فقال [له][(١٧)] المغيرة بن شعبة: «شَهِدْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ أَعْطَاهَا السُّدُسَ»[(١٨)]، فقال:

---

(١) في س: فرضها.
(٢) في ب: كالأخ.
(٣) في س: وروي عن، د: وروي ابن.
(٤) في ب، س: الحسين.
(٥) في س، د: في الأولى الثلث.
(٦) في ب: مساواتهما.
(٧) سقط في س، د.
(٨) زاد في ب: أو يفضل الذكر عنها بربع ما يسلم لها.
(٩) سقط في س، د.
(١٠) سقط في س، د.
(١١) في التنبيه: فأما.
(١٢) في س، د: فلها السدس إن.
(١٣) سقط في س، د.
(١٤) في س، د: للأصل.
(١٥) سقط في د.
(١٦) سقط في س، د.
(١٧) سقط في ب.
(١٨) أخرجه مالك (٢/ ٥١٣) كتاب الفرائض، باب: ميراث الجدة، حديث (٤)، وأحمد (٤/ ٢٢٥)، وأبو داود (٢/ ١٣٦) كتاب الفرائض، باب: في ميراث الجدة، حديث (٢٨٩٤)، والترمذي (٣/ ٦٠٥) أبواب الفرائض، باب: ما جاء في ميراث الجدة، حديث (٢١٠١)، وابن ماجه (٤/ ٢٨٦-٢٨٧) كتاب الفرائض، باب: ميراث الجدة، حديث (٢٧٢٤)، وأبو يعلى (١/ ١١٠) رقم (١١٩، ١٢٠)، وابن حبان (١٣/ ٣٩٠) حديث(٦٠٣١).

«هلْ مَعَكَ غَيْرُك؟» فقام محمد بن مسلمة الأنصاري، فقال مثل ما قال المغيرة؛ فأنفذ لها أبو بكر [-رضي الله عنه-](١) السدس، ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر؛ تسأله ميراثها، فقال: «ما لك في كتاب الله تعالى شيء، وما كان القضاء الذي قضى به إلا لغيرك، وما أنا بزائد في الفرائض شيئًا، ولكن هو ذلك السدس، فإن اجتمعتما فهو بينكما، وأيتكما خلت فهو لها».

وعن زيد أن النبي ﷺ جَعَلَ لِلْجَدَّةِ السُّدُسَ؛ إِذَا لَمْ يَكُنْ دُونَهَا أُمٌّ(٢).

قال: «فإن كانت أم أب الأب» - أي: وإن علا - ففيها(٣) **قولان**:

أصحهما: أن لها السدس؛ لما روي أن النبي ﷺ أعطى السدس ثلاث جدات(٤): جدتين من قِبَل الأب، وواحدة من قبل الأم؛ ولأنها جدة تدلي بوارث، فأشبهت أم الأب.

والثاني: لا ترث؛ لأنها جدة تدلي بجد؛ فلم ترث كأم أب [الأم](٥)، وهذا

---

(١) سقط في ب.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ١٢٢) كتاب الفرائض، باب: في الجدة، حديث (٢٨٩٥)، والنسائي في الكبرى (٤/ ٧٣) حديث (٦٣٣٨)، وابن الجارود في المنتقى (٩٦٠)، والدارقطني في السنن (٤/ ٩١)، والبيهقي (٦/ ٢٣٤، ٢٣٥) وفي إسناده عبيد الله العتكي وثقه ابن معين وقال أبو حاتم: صالح الحديث، وأنكر على البخاري إدخاله في كتاب الضعفاء.
وقال الحافظ في بلوغ المرام ص (١٩٦)، صححه ابن خزيمة وابن الجارود وقواه ابن عدي وأغرب ابن حزم في المحلي (٩/ ٢٧٣) فقال: لا يصح وعبيد الله هذا مجهول، وهذا خطأ فقد روى عن خلق وعنه خلق.

(٣) في س، د: ففيه.

(٤) أخرجه الدارقطني (٤/ ٩١) كتاب الفرائض، حديث (٧٦) من طريق ابن وهب عن حماد وسفيان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم بن زيد أن رسول الله ﷺ ورث ثلاث جدات: اثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم.
وأخرجه البيهقي (٦/ ٢٣٦) من طريق يزيد بن هارون قال: ثنا عبة وسفيان وشريك عن منصور عن إبراهيم قال: أطعم رسول الله ﷺ ثلاث جدات سدسًا، قلت لإبراهيم: ما هن؟ قال: جدتاك من قبل أبيك وجدة أمك.
قال البيهقي: هذا مرسل، وقد روى عن خارجة بن مصعب عن منصور عن إبراهيم عن عبد الرحمن بن يزيد عن النبي ﷺ وهو أيضًا مرسل.
وله طريق آخر مرسل:
أخرجه البيهقي (٦/ ٢٢٦) من طريق وكيع عن الفضل بن دلهم عن الحسن مرسلًا.

(٥) في س: الأب، وسقط في ب.

نقله أبو ثور عن الشافعي رضي الله عنه، والقولان روايتان عن زيد - [رضي الله عنه][(١)].

وضابط الوارثات - على القول الأول - أن يقال: كل جدة تدلي بمحض الإناث أو[(٢)] بمحض الذكور، أو بمحض الإناث إلى محض الذكور، وعلى القول الثاني: كل جدة تدلي بمحض الإناث، دون من[(٣)] تدلي بمحض الذكور، إلا أم الأب.

قال الماوردي: والجدة الأولى تسمى: جدة مطلقًا، والثانية - وهي أم الأب - هل تسمى جدة مطلقًا، أو[(٤)] مع التقييد؟ فيه خلاف[(٥)] للأصحاب[(٦)]، وعليه اختلفوا فيمن سئل عن ميراث جدة: هل يسأل عن أي الجدتين هي، أم لا؟ فمن جعلها مطلقة كأم الأم - قال: لا بد من أن نسأله: عن أي جدة هي؛ قبل أن نجيبه، ومن[(٧)] جعلها جدة مع التقييد - [قال: له][(٨)] إجابته قبل سؤاله.

ثم قال: والأصح أنه ينظر: فإن كان ميراثها يختلف في الفريضة؛ بوجود الأب الذي يحجب أمه - لم يُجِب عن سؤاله حتى يسأله[(٩)]: عن أي الجدتين سأل، وإن كان ميراثها لا يختلف - أجاب[(١٠)].

قال: وإن اجتمعت[(١١)] **جدتان متحاذيتان - فالسدس بينهما**؛ للحديث السابق، ولما روي عن القاسم بن[(١٢)] محمد قال: جاءت الجدتان إلى أبي بكر - رضي الله عنه - فأعطى أم الأم الميراث دون أم الأب، فقال له بعض الأنصار: «أعطيت التي لو ماتت لم يرثها، ومنعت التي لو ماتت ورثها»، فجعل أبو بكر [- رضي الله عنه-][(١٣)] السدسَ بينهما. ولأثر عمر السابق، ولم ينكر عليهما أحد.

وقيل: إن كانت إحداهما تدلي بجهتين - كالمرأة يتزوج[(١٤)] ابنُ بنتها [بنتَ

---

(١) سقط في ب.
(٢) في ب: و.
(٣) في د: ما.
(٤) في ب: أم.
(٥) في ب: اختلاف.
(٦) في س، د: لأصحابنا.
(٧) في ب: مع.
(٨) في ب: فله.
(٩) في ب: يسأل.
(١٠) في ب: أجيب.
(١١) في التنبيه: اجتمع.
(١٢) زاد في ب، س: أبي.
(١٣) سقط في ب.
(١٤) في د: تزوج.

بنتها][(١)] الأخرى، أو بنت ابنها؛ فيأتي لهما ولد، والأخرى بجهة واحدة: [كأم أبي أبيه، وأم أم أبيه - كان للتي تدلي بجهتين ثلثا السدس، وللتي تدلي بجهة][(٢)]؛ ثلث السدس؛ قياسًا على ابن العم إذا كان أخًا لأم؛ فإنه يرث بالقرابتين، وهذا ما ينسب إلى ابن سريج، ونسبه الرافعي إليه، وإلى أبي عبيد بن حربويه، [وحكى الماوردي أن الشيخ أبا حامد اختاره مذهبًا لنفسه، وفي «الشامل» أنه حكي عن أبي عبيد بن حربويه][(٣)] من أصحابنا - أن السدس يكون لها، يعني [للذات][(٤)] القرابتين؛ ويدل عليه ما حكيناه عنه في الوصايا أنه إذا أوصى لأقرب الناس إليه، وكانت له جدتان: إحداهما تدلي بجهة، والأخرى بجهتين - [أنها][(٥)] هل تقدم؟ فيه وجهان، قد حكينا مثلهما في الميراث، لكن تعليله هنا يرشد إلى ما حكاه الرافعي عن أبي عبيد، [بن حربويه][(٦)].

والمذهب: الأول؛ لأن القرابتين إنما تؤثران[(٧)] عند اختلاف الجهة، والجدودة قرابة واحدة.

قال: وإن[(٨)] **كانت إحداهما أقرب من الأخرى، فإن كانت القربى من جهة الأم**: كأم الأم - **أسقطت البعدى** [أي][(٩)] **من جهة الأم**: كأم أم الأم، وجهة[(١٠)] الأب: كأم [أب][(١١)] الأب؛ وإنما أسقطت البعدى من جهة[(١٢)] الأم[(١٣)]؛ لأنها تدلي بها، فسقطت كأم الأم [مع الأم][(١٤)]، وهذه قاعدة: كل من أدلى بشخص - لا يرث مع وجوده وهو وارث[(١٥)]، إلا ولد الأم مع الأم. وإنما أسقطت البعدى من جهة الأب لأنهما[(١٦)] جدتان: إحداهما أقرب من الأخرى، فسقطت البعدى بالقربى؛ كما لو كانتا من جهة واحدة.

قال: وإن كانت من [جهة][(١٧)] **الأب**، أي: القربى [من جهة الأب][(١٨)]: كأم الأب مع أم [أم][(١٩)] الأم - ففيه قولان:

---

(١) في ب: بنت لها. (٢) سقط في ب.
(٣) سقط في د. (٤) في ب، س: لذى، وسقط في د.
(٥) سقط في س، د. (٦) سقط في ب. (٧) في ب: تؤثر.
(٨) في س: فإن. (٩) في س: أي البعدي، سقط في د.
(١٠) في س: ووجهة. (١١) سقط في د. (١٢) في س: قبل.
(١٣) في س، د: الأب. (١٤) سقط في س، د. (١٥) في ب: إرث.
(١٦) في ب: فلأنهما. (١٧) سقط في التنبيه. (١٨) سقط في س، د.
(١٩) سقط في س.

أصحهما: **أنها تسقط البعدى** - أي: [التي][١] من جهة الأم - كما لو كانت القربى من جهة الأم، [والبعدى من جهة الأب][٢].

والثاني: لا تسقط، بل تشتركان في السدس؛ لأن الأب لا يحجب الجدة من جهة الأم، فلئلا تحجبها الجدة التي تدلي به - كان أولى.

وتخالف القربى من جهة الأم؛ فإن الأم تحجب الجدة من قبل[٣] الأب، ولا[٤] ترث مع الأم جدة فحجبتها أمها. وهذا القول هو أصح[٥] الطرق[٦].

وأما إذا كانت البعدى من جهة الأب - فإنها تسقط قولًا واحدًا، صرح به البغوي وغيره.

ثم لا تتم لك معرفة ما ذكرناه إلا [بمعرفة][٧] تنزيل[٨] الجدات، فنقول: الواقعات في الدرجة الأولى منك أصولك، وهما الأب والأم، ثم لأبيك [أب وأم][٩]، وكذلك لأمك[١٠]، فالأربعة هم الواقعون في الدرجة الثانية من درجات أصولك، وهذه هي الدرجة الأولى من درجات الأجداد والجدات، ثم أصولك في الدرجة الثالثة: ثمانية؛ [لأن][١١] لكل جد أبًا[١٢] وأمًّا.

وفي الدرجة الرابعة: ستة عشر، وفي الخامسة: اثنان وثلاثون، وهكذا.

والنصف [من الأصول][١٣]، في[١٤] كل [درجةٍ][١٥] ذكورٌ والنصف إناثٌ - وهن الجدات - فإذن في الدرجة الثانية من الأصول: جدتان، وفي الثالثة: أربعة، وفي الرابعة: ثمانية، وفي الخامسة: ستة عشر، وهكذا. ثم منهن وارثات وغير وارثات، فإذا سألت عن عدد من الجدات الوارثات على أقرب ما يمكن من المنازل - فاجعل درجتهن بالعدد الذي سألت عنه، ومَحِّضْ نسبة الأولى إلى أمهات الميت، ثم أبدل من آخر نسبة الثانية أمًّا بأبٍ، وفي آخر النسبة الثالثة أمين بأبوين، وهكذا تنقص من الأمهات، وتزيد في الآباء حتى تُمَحِّض[١٦] نسبة الأخيرة [أبًا. مثاله][١٧]: سئلت[١٨] عن أربع جدات وارثات - فقل: هن أم أم أم أم،

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في س، د.
(٣) في س: جهة.
(٤) في س، د: فلا.
(٥) في ب: الصحيح.
(٦) زاد في س: في.
(٧) سقط في س، د.
(٨) في د: بتنزيل.
(٩) في ب: آباء وآماء.
(١٠) في ب: لا أمتك.
(١١) سقط في د.
(١٢) في ب: آباء.
(١٣) سقط في س، د.
(١٤) في د: من.
(١٥) سقط في س، د.
(١٦) في س: تتمحض.
(١٧) في س: أما بأمثاله.
(١٨) في س، د: سألت.

وأم أم أم أب، [وأم أم [أبي][١] أب][٢]، وأم أبي أبي أب، فالأولى[٣] من جهة أمه[٤]، والثانية من جهة أبيه، والثالثة من جهة جده، والرابعة من جهة جد أبيه، وهكذا إذا زدت زدت لكل واحدة أبًا.

ثم الوارثات في كل درجة من درجات الأصول بعدد تلك الدرجة؛ ففي الثانية ثنتان، وفي الثالثة ثلاث، وفي الرابعة أربع وهكذا، وسببه: أن الجدات ما بلغن نصفين:

نصفًا من قبل[٥] الأم، ونصفًا من قبل الأب، ولا يرث من[٦] قبل الأم[٧] إلا واحدة، والباقيات من قبل الأب، فإذا صعدنا درجة تبدلت كل واحدة منهن بأمها، وزادت أم الجد الذي صعدنا إليه، وهذا كله بناء على الصحيح في أن أم أبي الأب ترث، أما إذا قلنا بمقابله، فلا يكون لنا من الجدات [وارث إلا اثنتان][٨].

قال: وأما البنت فلها النصف إذا انفردت؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ﴾ [النساء: ١١]، وللابنتين فصاعدًا الثلثان؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١]، وهذا ظاهر الدلالة على ما زاد على الابنتين، فوجه الدلالة فيه أن هذه الآية وردت على سبب خاص؛ وهو أن امرأة من الأنصار أتت النبي ﷺ ومعها ابنتان، فقالت: يا رسول الله، هاتان ابنتا سعد بن الربيع، قتل أبوهما معك يوم أحد، [وأخذ][٩] عمهما ماله، ولا تنكحان، ولا مال لهما، فقال النبي ﷺ: «يَقْضِي اللَّهُ فِي ذَلِكَ»، فنزلت هذه الآية؛ فدعا النبي ﷺ - المرأة وصاحبها فقال: «أَعْطِ الْبِنْتَيْنِ الثُّلُثَيْنِ، وَالْمَرْأَةَ الثُّمُنَ، وَخُذِ الْبَاقِيَ»[١٠].

---

(١) سقط في س. (٢) سقط في ب. (٣) في س: فالأولة.
(٤) في س، د: الأم. (٥) في ب: جهة. (٦) في د: فمن.
(٧) في س، د: الأب. (٨) في س: سوى اثنتين. (٩) سقط في د.
(١٠) أخرجه أحمد (٣/ ٣٥٢)، وأبو داود (٣/ ٣١٦) كتاب الفرائض، باب: ما جاء في ميراث الصلب، الحديث (٢٨٩٢)، والترمذي (٤/ ٤١٤، ٤١٥) كتاب الفرائض، باب: ما جاء في ميراث البنات، الحديث (٢٠٩٢)، وابن ماجه (٢/ ٩٠٨، ٩٠٩) كتاب الفرائض، باب: فرائض الصلب، الحديث (٢٧٢٠)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٤٢) كتاب الفرائض، باب: لا مُساعاة في الإسلام، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، لا نعرفه إلا من حديث عبد الله بن محمد بن عقيل، وقال: صحيح الإسناد لم يخرجاه، وأقره الذهبي.

وقد قال بعض العلماء: إن كلمة «فوق» هنا زائدة؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱضْرِبُوا۟ فَوْقَ ٱلْأَعْنَاقِ﴾ [الأنفال: ١٢].

وقيل: المعنى: اثنتين فما فوقهما. ولأن الأخوات في الإرث أضعف من البنات، وقد جعل الله للاثنتين منهن الثلثين؛ فالبنات [بهما][١] أولى.

قال: وأما بنت الابن فلها النصف، وللاثنتين فصاعدًا الثلثان.

قال ابن يونس: والإجماع[٢] على قيام بنات الابن مقام بنات الصلب عند عدمهن، ولا فرق في بنات الابن بين أن تكون بنات ولد واحد، أو بنات عم؛ فإنهن يشتركن في الثلثين، وكذلك في السدس الفاضل عن نصيب البنت.

قال: ولها مع بنت الصلب السدس تكملة الثلثين؛ لما روي عن هزيل بن شرحبيل أنه قال: سئل أبو موسى عن بنت وبنت ابن وأخت، فقال: للبنت النصف، وللأخت النصف.

وأْتِ ابن مسعود فسيتابعني فسأل ابن مسعود، وأخبره بقول أبي موسى، فقال: «لقد ضللت إذن وما أنا من المهتدين، لأقضين فيها بما قضى [به][٣] رسول الله ﷺ: للبنت النصف، ولبنت الابن السدس، وما بقي للأخت». فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود، فقال: «لا تسألوني ما دام هذ الحبر فيكم»[٤].

ولو كانت بنات الابن أكثر من واحدة كان [السدس][٥] بينهن بالسوية.

ثم من قول الشيخ: تكملة الثلثين - يفهم أن بنات الصلب إذا استكملن الثلثين لا حق لبنات الابن بالفرض كما سيأتي؛ وإنما قدمت بنات الصلب على بنات الابن لقربهن.

قال: وأما الأخت فإن كانت من الأب والأم فلها النصف، وللاثنتين فصاعدًا الثلثان؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦].

وقد روى جابر قال: اشتكيت وعندي أربع أخوات، فدخل علي رسول الله ﷺ فقلت: ما أصنع بمالي، وليس من يرثني إلا كلالة؟ فخرج رسول الله ﷺ، ثم

---

(١) سقط في س، د. (٢) في س، د: بالإجماع. (٣) سقط في د.
(٤) أخرجه البخاري (١٢/ ١٧) كتاب الفرائض، باب: ميراث ابنة ابن مع ابنة، برقم (٦٧٣٦).
(٥) سقط في د.

رجع فقال: «قَدْ أَنْزَلَ اللهُ فِي أَخَوَاتِكَ فَبَيَّنَ، وَجَعَلَ لَهُنَّ الثُّلُثَيْنِ»[(١)] قال جابر: ففِيَّ نزلت[(٢)] آيةُ الكلالة؛ فدل على أن المراد بالآية الاثنتان فما فوقهما.

قال: **وإن كانت من الأب فلها النصف، وللاثنتين فصاعدًا الثلثان**؛ لظاهر الآية، **ولها مع الأخت من الأب [والأم]**[(٣)] **السدس تكملة الثلثين**؛ [لأنه يتساوين][(٤)] في الدرجة، وفضل الأخوات [للأب][(٥)] والأم على الأخوات للأب بقرابة [الأم][(٦)]؛ فكان حكمهن معهن كبنات الابن مع بنات الصلب؛ لامتياز بنات الصلب بالقرب.

قال: **والأخوات من الأب والأم مع البنات عصبة، فإن لم يكنَّ**[(٧)] **فالأخوات من الأب**[(٨)]؛ للخبر [المروي عن][(٩)] ابن مسعود، وتستوي الأخت من الأب فما فوقها في السدس؛ عند وجود الأخت للأبوين، ولا فرق في ذلك بين أن يكون مع البنات غيرهن: كزوج وجدة، أو لم يكن.

قال: **وأما ولد الأم فللواحد السدس، وللاثنين فصاعدًا الثلث، ذكرهم وأنثاهم**[(١٠)] **فيه سواء**؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوۡ أُخۡتٞ فَلِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُۚ فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ﴾ [النساء: ١٢].

وهذه الآية نزلت في ولد الأم؛ بدليل ما روي أن سعد بن أبي وقاص وابن مسعود كانا يقرآنها: «وله أخ أو أخت من أم»، والقراءة الشاذة تحل محل الإخبار عن النبي ﷺ؛ فيجب العمل بها.

قال الأصحاب: وأولاد الأم يخالفون غيرهم من الورثة في خمسة أشياء:

أنثاهم عند الانفراد كالذكر، [و][(١١)] مقاسمة الأنثى [منها][(١٢)] الذكر بالسوية، إرثه مع من يدلي به، وحجبهم[(١٣)] من يدلون به حجب تنقيص، ذكرهم يدلي

---

(١) أخرجه أحمد(٣/ ٣٧٢)، وعبد بن حميد في المنتخب ص(٣٢٣) برقم (١٠٦٤)، وأبو داود (٢/ ١٣٣) كتاب الفرائض، باب: من كان ليس له ولد وله أخوات، برقم (٢٨٨٧)، والبيهقي في السنن (٦/ ٢٣١) كتاب الفرائض، باب: فرض الأخت والأختين.

(٢) في د: أنزلت. (٣) سقط في د.

(٤) في س: لأنهما تساويان، وفي ب: يتساوون.

(٥) سقط في د. (٦) سقط في ب. (٧) في التنبيه: تكنّ.

(٨) في د: الأم. (٩) في ب: الذي رواه. (١٠) في س: وإناثهم.

(١١) سقط في ب. (١٢) سقط في س، د. (١٣) في ب: يحجبون.

بأنثى [ويرث][1] ولا يساويه[2] في هذا أحد.

[قال: وأما الأب فله السدس مع الابن وابن الابن؛ لقوله تعالى: ﴿لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١١]، والمراد بالولد هنا الابن [وابن الابن][3] وألحقنا به ابنه، لما ذكرناه من قبل][4].

قال: وأما الجد فله السدس مع الابن وابن الابن بإجماع الأمة، وهذا تمام من يرث بالفرض.

وإذا تأملت ما ذكرناه عرفت[5] أن النصف فرض خمسة: البنت، وبنت الابن مع عدم البنت، والأخت من الأبوين، والأخت من الأب عند[6] عدم الأولى، والزوج إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن.

[وأن الربع فرض اثنين: الزوج إذا كان للميت ولد أو ولد ابن، والزوجة إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن][7].

وأن الثمن [فرض الزوجة][8] أو الزوجات خاصة؛ إذا كان للميت ولد أو ولد ابن. وأن الثلثين فرض أربعة: بنتا الصلب فصاعدًا، وبنتا[9] الابن فصاعدًا عند فقد بنات الصلب، والأختان من الأبوين فما فوقهما، والأختان من الأب فما فوقهما عند فقد بنات[10] الأب والأم.

وأن الثلث فرض الأم؛ إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن، ولا اثنان من الإخوة والأخوات.

وأن السدس فرض سبعة: لكل واحد من الأبوين عند وجود الابن أو [ابن الابن][11]، [وللأم عند وجود الولد][12]، [أو اثنين][13] من الإخوة والأخوات، وللجدة، ولبنات الابن عند وجود بنت[14] الصلب، وللأخت من الأب مع الأخت من الأبوين، وللواحد من ولد الأم.

قال: **ولا ترث بنت الابن مع الابن[15]، ولا الجدات مع الأم، [ولا الجد**

---

(١) سقط في د.
(٢) في ب: تساوى.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في ب.
(٥) في س: علمت.
(٦) في ب: مع.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في ب.
(٩) في ب: أو بنت.
(١٠) في ب: أولاد.
(١١) في س: ابنه.
(١٢) سقط في د.
(١٣) في ب: وللاثنين.
(١٤) في س: بنات.
(١٥) زاد في التنبيه: ولا ابن الابن مع الابن.

مع الأب][(١)]؛ للإجماع، [وقد][(٢)] قيل في توجيه حرمان الجدات بالأم[: إنهن[(٣)] من قبلها][(٤)] يدلين بها، فلا يرثن مع وجودها؛ كالجد مع الأب، وأمهات الأب إنما يأخذن سدس الأم؛ ولهذا إذا اجتمعت الجدات اشتركن فيه، فإذا أخذته الأم لم يبق لها نصيب يؤخذ.

قال: ولا الجدة أم الأب [مع الأب][(٥)]؛ كما لا ترث الجدة أم الأم مع الأم، ولأنها تدلي بعصبته[(٦)]؛ فوجب أن يحجبها كأولاد[(٧)] الإخوة مع الإخوة.

فرع: جدتان متحاذيتان: إحداهما أم الأم، والأخرى أم الأب، ومعهما الأب، فلأم الأم السدس، ولا يقال: إن أم الأب تشارك أم الأم لولا الأب، فترجع[(٨)] فائدتها إليه، كما نقول في الأب، إذا وجد معه أخوان [من أب وأم][(٩)]؛ فإن الأخوين[(١٠)] يردان الأم من الثلث إلى السدس ولا يرثن؛ فرجعت فائدتهما إليه.

قال الغزالي: لأن استحقاق الجدة بالفريضة؛ فلا يناسب استحقاق العصوبة[(١١)]، وأما الأب والأخ في الصورة الأخرى فكلاهما يرث بالعصوبة؛ فأمكن رد الفائدة إليه.

قيل: وما ذكره يبطل بما لو كان بدل الأخوين الشقيقين أخوين لأم؛ فإنهما يحجبان الأم من الثلث إلى السدس ولا يرثان، وترجع فائدتهما إلى الأب، وإن كانا يرثان بالفرض، والأب يرث بالتعصيب.

ولأجل عسر الفرق طَرَدَ بعض أصحابنا القياس وقال: ليس لأم الأم سوى نصف السدس، والله أعلم.

قال: ولا يرث ولد الأم مع أربعة: الولد، أي: ذكرًا كان أو أنثى، وولد الابن، والأب، والجد؛ لأن الله -تعالى- جعل إرث ولد الأم في الكلالة، والكلالة: اسم للورثة ممن عدا الوالدين والمولودين.

قال الفرزدق:

وَرِثْتُمْ قناةَ المجدِ لا عَنْ كلالةٍ [عنِ][(١٢)] ابْنَى منافٍ عبدِ شمسٍ وهاشمِ

---

(١) سقط في س، د.
(٢) سقط في د، وفي س: و.
(٣) في س: إنهم.
(٤) في ب: إن أمهاتها.
(٥) سقط في ب.
(٦) في س: بعصبة.
(٧) في ب: فأولاد.
(٨) في ب: فرجع.
(٩) في ب: لأب.
(١٠) في ب: الأخوان.
(١١) في ب: بالعصوبة.
(١٢) سقط في س.

وقد روي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم.

وقيل: إن الكلالة اسم للذي لا ولد له ولا والد.

وقال الأزهري: يسمى الميت[(١)] الذي لا ولد له ولا والد: كلالة، ويسمى وارثه: كلالة أيضًا. [والآيتان في سورة النساء][(٢)].

فثبت بهذا[(٣)] أن إخوة الأم إنما يرثون ميتًا لا ولد له ولا والد.

وقد اختلف في اشتقاق الكلالة[(٤)]؛ فقيل: من الإكليل؛ لأنه يكون حول الرأس دون أعلاه وأسفله، كذلك الإخوة.

وقيل: من كل يكل، كأنه [قد][(٥)] كل طرفاه، وهؤلاء الإخوة يسمون: بني الأخياف، والأخياف: الأخلاط؛ لأنهم من أخلاط الرجال، وليس هم من رجل واحد؛ ولذلك سمي الخيف من منى؛ لاجتماع أخلاط الناس فيه، وقيل: لاختلاط ألوان الحصى فيه.

قال: ولا يرث ولد الأب والأم مع ثلاثة: الابن، وابن الابن، والأب؛ لأن الله تعالى جعل إرثهم في الكلالة، والكلالة[(٦)] هو: من لا والد له ولا ولد كما ذكرنا، وهؤلاء الإخوة يسمون: بني[(٧)] الأعيان؛ لأنهم من عين واحدة، أي: من أب واحد [وأم واحدة][(٨)]، ومنه قوله ﷺ: «أَعْيَانُ[(٩)] بَنِي آدَمَ يَتَوَارَثُونَ دُونَ بَنِي الْعَلَّاتِ»[(١٠)].

---

(١) في د: المورث.		(٢) سقط في س، د.		(٣) في ب: بهذه.
(٤) في س: الكلمة.		(٥) سقط في ب.		(٦) في ب: الكل.
(٧) في س، د: ولد.		(٨) سقط في س.
(٩) الأعيان: الإخوة لأب واحدٍ وأم واحدة، مأخوذ من عين الشيء، وهو النفيس منه، وبنو العلات لأب واحد وأمهات شتى. ينظر النهاية (٣/ ٣٣٣).
(١٠) أخرجه أحمد (١/ ١٣١)، والترمذي (٣/ ٤١٦) كتاب الفرائض، باب: ميراث الإخوة من الأب والأم، حديث (٢٠٩٤)، وابن ماجه (٢/ ٩١٥) كتاب الفرائض، باب: ميراث العصبة، حديث (٢٧٣٩)، والطيالسي (١/ ٢٨٤ - منحة) رقم (١٤٤١)، وأبو يعلى (١/ ٢٥٧) رقم (٣٠٠)، والدارقطني (٤/ ٨٦) كتاب الفرائض، حديث (٦٤)، والحاكم (٤/ ٣٣٦) من طريق أبي إسحاق عن الحارث الأعور عن علي قال: إنكم تقرءون هذه الآية من بعد وصية يوصى بها أو دين وإن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية، وإن أعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات.
=

قال: ولا يرث ولد الأب مع أربعة: الابن، وابن الابن، والآب. والأخ للأب والأم. أما عدم إرثه مع الثلاثة الأول؛ فلما تقدم، وأما عدم إرثه مع الأخ من الأب والأم؛ فلترجيح[١] جهة[٢] الأمومة مع الخبر السابق، [و][٣] هؤلاء الإخوة يسمون بني العلات؛ لأن [أم][٤] كل واحد منهم لم تَعُلَّ الآخر، أي: لم تَسْقِه لبن رضاعها، والعلل: الشرب الثاني، والنهل: الأول.

قال: وإذا استكمل البنات الثلثين لم ترث بنات الابن؛ لأنه ليس للبنات بالبنوة[٥] أكثر من الثلثين؛ للآية، فلو أشركنا[٦] فيه [بين][٧] بنات الصلب وبنات الابن لسوينا بين القريب والبعيد، وذلك ممتنع، قال: إلا أن يكون في درجتهن أو أسفل منهن ذكر فيعصبهن؛ للذكر[٨] **مثل حظ الأنثيين**؛ لأن كل ذكر وأنثى لو انفردا كان المال بينهما ثلثًا وثلثين- وجب إذا كان معهما ذو فرض أن يكون الباقي بينهما كذلك، كما لو كان معهما زوج.

قال: وإذا استكمل[٩] **الأخوات [للأب والأم الثلثين - لم ترث الأخوات][١٠]، من الأب إلا أن يكون معهن أخ فيعصبهن**؛ للمعنى الذي ذكرناه في البنات وبنات الابن. ولو[١١] كان معهن ابن أخ لهن - لم يعصبهن، بل يسقطن، ويأخذ [هو][١٢] ما بقي وهو الثلث؛ لأنه لا يعصب أخواته، فلا يعصب عماته، بخلاف ابن الابن؛ فإنه يعصب أخواته، فعصب عماته.

قال: ومن لا يرث - أي: بحال- كالعبد ونحوه - لا يحجب أحدًا عن فرضه، أي حجب حرمان - وهو أن يسقطه بالكلية - أو حجب تنقيص - وهو أن ينقله من فرضه[١٣] إلى فرض أنقص منه - لأنه لا يحجب حجب حرمان بالاتفاق، فلا يحجب حجب تنقيص[١٤] كالميت والأجنبي، ولأن كل من ضعف بوضعه عن حجب الإسقاط، ضعف بوضعه عن حجب التنقيص [كذوي الأرحام.

= وقال الترمذي: وهذا حديث لا نعرفه إلا من حديث أبي إسحاق عن الحارث عن علي، وقد تكلم بعض أهل العلم في الحارث، والعمل على هذا الحديث عند عامة أهل العلم.

(١) في س، د: فلأنه يرجح. (٢) في س: يجهت.
(٣) سقط في ب. (٤) سقط في ب. (٥) في ب: بالسوية.
(٦) في س: اشتركنا. (٧) سقط في س، د. (٨) في التنبيه: الذكر.
(٩) في التنبيه: استكملت. (١٠) سقط في س، د. (١١) في س: فلو.
(١٢) سقط في س. (١٣) في س: فرض. (١٤) في ب: لتنقيص.

أما من لا يرث لوجود من يحجبه - فلا يؤثر حجب الحرمان، وقد يؤثر حجب التنقيص:][١] كالأخوين لا يرثان مع الأب، ويردان الأم من الثلث إلى السدس.

قال: **وإذا اجتمع أصحاب الفروض، ولم يحجب بعضهم بعضًا - فرض لكل واحد منهم فرضه**؛ لقوله ﷺ: «أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا أَبْقَتِ الْفَرَائِضُ فَلِأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكَرٍ»[٢].

قال: **فإن[٣] زادت الفروض على السهام أعيلت بالسهم[٤] الزائد.**

اعلم: أن أصول مسائل الفرائض التي[٥] اصطلح عليها الفَرَضِيُّونَ؛ حتى تخرج سهام الفريضة صحيحة لا كسر فيها، إن كانت الورثة عصبة - أخذت[٦] من عدد رءوسهم إن كان الجميع ذكورًا، وإن كانوا [ذكورًا][٧] وإناثًا عددت كل ذكر بأنثيين[٨]، وجَمَلْتَ العدد، فما انتهى إليه فهو أصل المسألة.

مثاله: خلف أخوين لأب وأختين لأب فعُدَّ الأخوين بأربعة وضُمَّها إلى الأختين تبلغ ستة، فهي أصل مسألتهم؛ يكون لكل أخت سهم، ولكل أخ سهمان، وهكذا.

وإن كان الورثة كلهم أصحاب فروض، [أو فيهم صاحب فرض][٩] وعاصب - فالأصول في هذا النوع - عند المتقدمين - سبعة: اثنان، وثلاثة، وأربعة، وستة، وثمانية. وهذه لا تحتاج إلى تركيب، واثنا عشر، وأربعة وعشرون، وهما مركبان من فرضين كما ستعرفه.

وسبب ذلك أن الفروض الستة وهي: النصف، والربع، والثمن، والثلثان، [والثلث][١٠]، والسدس كسور مضافة إلى الشيء المعدود واحدًا وهو التركة، ولا

---

(١) سقط في د.

(٢) أخرجه البخاري (١٢/ ٢٧) كتاب الفرائض، باب: ابني عم أحدهما أخ للأم والآخر زوج، حديث (٦٧٤٦)، ومسلم (٣/ ١٢٣٣) كتاب الفرائض، باب: ألحقوا الفرائض بأهلها، حديث (٢/ ١٦١٥) بلفظ «الحقوا الفرائض بأهلها فما تركت الفرائض فللأولى رجل ذكر».

(٣) في التنبيه: وإن.

(٤) في التنبيه: بالجزء و.

(٥) في د: الذي.

(٦) في ب: تؤخذ.

(٧) سقط في د.

(٨) في ب، د: باثنين.

(٩) في س: فرض، د: أو أصحاب فروض.

(١٠) سقط في س.

يخلو إما أن يقع في المسألة واحد منها أو اثنان فصاعدًا، فإن[1] لم يقع فيها إلا واحد فالمخرج المأخوذ من ذلك الكسر هو أصل المسألة؛ فالنصف من اثنين، [والثلث][2] والثلثان من ثلاثة، والربع من أربعة، وعلى هذا فإن[3] وقع فيها اثنان فصاعدًا، فإن [كانا من][4] مخرج واحد فهو أصل المسألة، وإن كانا مختلفي المخرج أخذنا المخرجين، ونظرنا فيهما: فإن كانا متداخلين - كما إذا اجتمع السدس والثلث - فأكثر المخرجين أصل المسألة، وإن كانا متوافقين - [كما][5] إذا اجتمع السدس والثمن - ضربنا وفق أحد المخرجين في جميع الآخر؛ يحصل أربعة وعشرون؛ فهو أصل المسألة، وإن [كانا متباينين][6] كما - إذا اجتمع الثلث والربع - ضربنا أحد المخرجين في الآخر، وجعلنا أصل المسألة ما انتهى إليه الضرب، [وهو اثنا عشر][7]، وسأذكر بعد باب الجد والإخوة ما يعرف به [المداخل، والموافق، والمباين][8] ونحوه إن شاء الله تعالى.

ثم إذا فصلت ما نحن فيه قلت: كل مسألة فيها نصف وما بقي كزوج وأخ، أو بنت وعم، أو أخت وابن أخ؛ أو نصفان: كزوج وأخت- فهي من اثنين.

وكل مسألة فيها ثلثان وما بقي كأختين وبنتين[9]، أو بنتي ابن[10] وعم، أو ثلثان وثلث كأختين من أبوين وأخوين لأم - فهي من ثلاثة. وكل مسألة فيها ربع[11] وما بقي: كزوج وابن، أو زوجة وأخ، أو ربع ونصف. [وما بقي: كبنت وزوج وعم، أو أخ - فهي من أربعة.

وكل مسألة فيها سدس، [وما بقي كأم وابن، أو سدس ونصف][12]. وما بقي: كأم وبنت وأخ، أو سدس وثلث وما بقي: كأم[13] وأخوين [من أم][14] وعم، أو نصف وثلثان: كزوج وأختين، أو نصف وثلث [وما بقي: كأم وزوج وعم - فهي من ستة.

---

(١) في ب: إن. (٢) سقط في س. (٣) في ب: وإن.
(٤) في س: كان. (٥) سقط في س، د. (٦) في س: كانتا متباينتين.
(٧) سقط في س. (٨) في د: المتفاضل والمتباين.
(٩) في س: من أبي أو بنتين. (١٠) في د: ابني.
(١١) في س: أربع. (١٢) سقط في د. (١٣) في س، د: لأمر.
(١٤) في س، د: لأم.

وكل مسألة فيها ربع وسدس][(١)] وما بقي: كزوجة وأخ لأم وعم، أو ربع وثلث وما بقي: كزوجة وابني أم وعم، أو ربع وثلثان وما بقي: كزوجة وأختين وعم - فهي من اثني عشر، ولا تكون هذه المسألة إلا وفيها زوجة.

وزاد زائدون على الأصول السبعة ثمانية عشر وستة وثلاثين، وهذا يحتاج إليه في مسائل الجد إذا افتقر إلى مقدر وثلث ما بقي[(٢)] بعد المقدر كما سنذكره [ثم][(٣)] إن شاء الله تعالى.

فإذا تقررت هذه الأصول التي يخرج منها السهام نظرت[(٤)] في السهام:

فإن استوعبتها الفرائض من غير زيادة فلا شيء للعاصب، وإن لم تستوعب فما بقي للعصبات؛ عملًا بالخبر المشهور.

وإن زادت الفروض على السهام - قال الشيخ: وأعيلت[(٥)] بالسهم الزائد أي: رفعت الفريضة وزيد في سهامها السهم الذي زاد؛ لأن العول هو الرفع، ومنه: عالت الناقة [بذنبها][(٦)]: إذا رفعته، وعال الميزان؛ فهو عائل: اذا مال وارتفع.

قال: مثل مسألة المباهلة، وهي زوج وأم وأخت لأب[(٧)]، **فيجعل للزوج النصف، وللأخت النصف، وللأم الثلث، فتعال الفريضة بفرض الأم، وهو سهمان؛ تصير من ثمانية: للزوج نصف عائل، وللأخت نصف عائل، وللأم ثلث عائل**، أصل هذه المسألة من ستة؛ لأن فيها نصفًا وثلثًا، وقد تقرر أن النصف والثلث من ستة، وعالت بثلثها إلى ثمانية؛ فيقسم المال على ثمانية، [ويدفع للزوج ثلاثة من ثمانية، والأخت كذلك، وللأم سهمان تتمة الثمانية[(٨)]][(٩)]. وإنما كان كذلك؛ لأن الحقوق مقدرة متفقة في الوجوب، [وقد][(١٠)] ضاقت التركة عن جميعها، فقسمت على قدرها: كالديون والوصايا؛ ويشهد لذلك قضاء عمر - رضي الله عنه - روي أن امرأة ماتت في عهده عن زوج وأختين، فكانت أول فريضة عالت في الإسلام، فجمع الصحابة - رضي الله عنهم- فقال[(١١)] لهم:

---

(١) سقط في ب.
(٢) في س، د: يبقى.
(٣) سقط في د.
(٤) في س، د: تضرب.
(٥) في د: أعلت.
(٦) سقط في س.
(٧) في التنبيه: من أب.
(٨) في س: ثمانية.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في ب.
(١١) في س: وقال.

«فرض الله -تعالى- النصف للزوج، وللأختين الثلثين، إن بدأت بالزوج لم يبق للأختين حقهما، وإن بدأت بالأختين[(١)] لم يبق للزوج حقه؛ فأشيروا علي. فأشار عليه ابن عباس[(٢)] - رضي الله عنه - بالعول، وقال: أرأيت لو مات رجل وترك ستة دراهم، ولرجل عليه ثلاثة دراهم، ولآخر أربعة، أليس يجعل[(٣)] المال سبعة أجزاء؟. فأخذت الصحابة - رضوان الله عليهم - بقوله، ثم أظهر ابن عباس الخلاف بعد ذلك وقال: إن الذي أحصى رمل عالج عددًا [لم يجعل][(٤)] في مال واحد نصفًا ونصفًا وثلثًا. وروي عنه أنه قال: من شاء باهلته، [و][(٥)] إن الذي أحصى رمل عالج عددًا ... وذكر بقية الخبر[(٦)].

ومن هنا سميت مسألة المباهلة، والمباهلة: الملاعنة، والبهلة: اللعنة؛ يقال: بهله الله أي: لعنه الله، وهو الدعاء على الظالم من الفريقين، وقيل: هو التضرع إلى الله تعالى.

ثم العول في الفرائض يدخل في ثلاثة أصول، وهي التي إذا جمعت أجزاؤها الصحيحة ساوتها أو زادت عليها، وهي: الستة، وضعفها وهو اثنا عشر، وضعف ضعفها وهو أربعة وعشرون. ولا يدخل العول فيما عداها من الأصول؛ لأنك إذا جمعت أجزاءها[(٧)] الصحيحة نقصت عنها.

ثم الستة تعول أربع مرات: بسدسها إلى سبعة: كالمسألة التي وقعت في زمن عمر - رضي الله عنه - وبثلثها إلى ثمانية: كمسألة المباهلة، وبنصفها إلى تسعة: كما إذا خلف الميت أختين لأب وأم، واثنين من ولد الأم وزوج، وبثلثيها إلى عشرة: كما إذا خلف من ذكرناه وأمًّا، وتسمى[(٨)] هذه المسألة «أم الفروخ»[(٩)]؛ لكثرة السهام العائلة فيها، والشريحية؛ لوقوعها في زمن شريح وقضائه فيها.

ومتى عالت إلى ثمانية أو تسعة أو عشرة فلا يكون الميت فيها إلا امرأة؛ لأنها لا تعول إلى ذلك إلا بزوج.

---

(١) في ب: بالأخت.
(٢) في ب، د: العباس.
(٣) في ب: نجعل.
(٤) في ب: ما جعل.
(٥) سقط في س، د.
(٦) في ب: الحديث.
(٧) في ب: سهامها.
(٨) في ب: وسمى.
(٩) في ب: الفرخ.

والاثنا عشر تعول ثلاث مرات: بنصف سدسها إلى ثلاثة عشر: كما إذا خلف الميت زوجة، وأمًّا، وأختين[١] لأب، وبربعها إلى خمسة عشر: كزوجة وأخت لأب وأختين لأم، وبربعها وسدسها إلى سبعة عشر: كهؤلاء، وأم، أو[٢] جدة.

ومن صور هذا العول: مسألة الأرامل، وهي: ثلاث زوجات، وجدتان، وأربع أخوات لأم، وثماني أخوات لأب، وهن سبع عشرة امرأة، وهي متساوية، ولا يكون العول إلى تسعة[٣] عشر إلا والميت رجل.

والأربعة والعشرون تعول مرة واحدة بالثمن إلى سبعة وعشرين: كزوجة وبنتين وأبوين. وهذه المسألة تلقب[٤] بـ «المنبرية»؛ سئل عنها [علي - رضي الله عنه][٥] - وهو على المنبر، فقال على الأثَرِ[٦]: عاد ثمنها تسعًا، وهذا العول لا يكون [إلا][٧] والميت رجل.

قال: وإن اجتمع في شخص جهتا فرض: كالأم إذا كانت أختًا - ورثت بالقرابة التي لا تسقط وهي الأمومة، ولا ترث بالأخرى - يعني: بالجهة الأخرى - مع الأولى؛ لأنه شخص اجتمع فيه سببان يورث بكل واحد منهما الفرض[٨] عند الانفراد، فورث بأقواهما، ولم يرث بهما: كالأخت من الأب والأم، لا ترث النصف بأخوة الأب والسدس بأخوة الأم، وذهب ابن سريج إلى التوريث بهما، [كما][٩] حكاه ابن الصباغ.

وقال الشيخ أبو علي: إنه ذهب إلى ذلك في بعض المسائل، ولم يطلق.

ثم هذه المسألة ونظائرها إنما تتصور في نكاح المجوس ووطء الشبهة، وكما تظهر القوة بعدم السقوط تظهر أيضًا بأن يكون حجابها أقل من حجاب الأخرى.

ومثال الأقل: أم أم هي أخت لأب، ويتصور بأن يطأها ابنه؛ فتلد بنتًا فيطؤها فتلد ولدًا - فالأولى أم أم وأخته لأبيه؛ فأم الأم لا تحجبها إلا الأم، والأخت للأب [تحجب][١٠] بجماعة كما سبق.

أما لو كانت الأم [التي][١١] هي أخت[١٢] هي الميتة، فللبنت النصف بكونها

---

(١) في ب، د: وأخوين. (٢) في ب: و. (٣) في ب: سبعة.
(٤) في س، د: تسمى. (٥) في ب: كرم الله وجهه، وسقط في د.
(٦) في د: المنبر. (٧) سقط في س. (٨) في د: الفروض.
(٩) سقط في ب. (١٠) سقط في ب. (١١) سقط في ب، س.
(١٢) في ب: الأخت.

بنتًا، وهل ترث الباقي بكونها[١] أختا؟ فيه وجهان، وهذه الصورة [هي][٢] التي أشار إليها الشيخ أبو علي، كما حكاها[٣] الإمام في آخر «النهاية»، وصور[٤] المسألة بما إذا لم تخلف الميتة غيرها، والله أعلم.

* * *

(١) في س: لكونها.
(٢) سقط في ب.
(٣) في س: حكاه.
(٤) في س: صورة.

باب ميراث العصبة

العصبة في اللغة: مشتقة من العصب وهو المنع؛ سميت بذلك لتقوى[1] بعضهم ببعض، ونصرة بعضهم بعضًا[2]، ومنه سميت العصابة: عصابة؛ لأنه يشد بها الرأس، والعصب: العروق، سميت بذلك؛ لصلابتها وتقوي البدن بها.

قال بعضهم: «العين والصاد والباء إذا اجتمعت تكون للشدة والقوة».

وقيل: سميت بذلك؛ لإحاطتها[3] بالنسب من كل جانب: من فوقه، ومن أسفله، ومن حوله، كما تحيط العصابة بالرأس من كل جانب.

وقريب من هذا قول من قال: إنما سموا عصبة؛ لالتفافهم عليه في نسبه؛ كالتفاف العصائب[4] على يده.

وقيل: سميت بذلك؛ لأنها تجمع المال، وتحوزه[5]، كالعصابة تجمع الرأس وتحوزه.

والشيخ - رضي الله عنه - أدرج ذلك كله في لفظه حيث قال: «[و][6] **العصبة: كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى**، فخص الاسم بالذَّكَرِ؛ لأن به تحصل التقوية دون الإناث[7]، واعتبر ألا يكون بينه وبين الميت أنثى؛ لأن من بينه وبينه أنثى: كابن البنت، وأبي الأم، وابن الأم - ليس من حواشي[8] النسب، وبعضهم صاحب فرض، وبعضهم[9]، لا ميراث له، والذي ذكره الشيخ: يحوز جميع المال[10] إذا انفرد أيضًا، فكان لفظه جامعًا لما اشتق منه لغة، وجامعًا لحده في الشرع أيضًا؛ لأن مراده: العصبة من الأقارب؛ يدل عليه قوله من بعد[11]: فإن لم يكن أحد من العصبات ورث المولى المعتق.

ومن أراد إدخال المعتق في لفظ «العصبة» قال: العصبة: من حاز المال إذا

---

(١) في د: لقوة.
(٢) في ب: لبعض.
(٣) في د: لاختلاطها.
(٤) في د: العصبات.
(٥) في س، د: ونحوه.
(٦) سقط في ب.
(٧) في ب: الإياب.
(٨) في ب: جوانبي.
(٩) في د، س: فرضهم.
(١٠) في س، د: ذلك.
(١١) في ب: بعده.

انفرد [و][١] أخذ ما بقي بعد ذوي الفرائض. وهو يخرج الأخت للأب مع البنت عن العصبة، وقد سماها رسول الله ﷺ «عَصَبَةً»، لكن هذه التسمية على سبيل المجاز؛ من حيث كونها تأخذ ما فضل عن فرض البنات، ومن يوجد معهن خاصة.

ثم واحد العصبة: عاصب؛ كخازن وخزنة، وظالم وظلمة، وكافر وكفرة، وفاجر وفجرة، وبارّ وَبرَرَة، [وطالب وطلبة][٢].

وقال ابن قتيبة: العصبة: جمع لم يسمع [له][٣] بواحد، وبالقياس: إنه عاصب، وجمع العصبة: عصبات.

قال: وأقرب العصبات الابن؛ لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۚ﴾ [النساء: ١١]، فبدأ بذكر الأولاد، والعرب تبدأ بالأهم فالأهم، ولأن الله - تعالى- أسقط تعصيب الأب بالولد بقوله: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ۚ﴾ [النساء: ١١]، وإذا أسقط[٤] تعصيب [الأب][٥] به فمن عداه أولى؛ لأنه إما [أن][٦] يدلي بالأب أو به.

قال: ثم ابن الابن، [أي][٧]: وإن سفل؛ لأن حكمه حكم الابن[٨] مع الأب في سائر الأحكام؛ فكذلك في التعصيب.

قال: ثم الأب؛ لأن الميت بعض منه، وتثبت[٩] له الولاية عليه بنفسه، ولأن من عداه يدلي به؛ فكان مقدمًا عليه لقربه.

قال: ثم الجد، أي: أبو الأب[١٠] وإن علا، ما لم يكن إخوة؛ لأنه يقوم مقام الأب، كما يقوم ابن الابن مقام أبيه، أما إذا كان ثم إخوة فسيأتي الكلام فيهم.

قال: ثم ابن الأب، وهو الأخ، ثم ابنه وإن سفل؛ لأنهم بنون، ولهذا المعنى أشار الشيخ بقوله: «ثم ابن الأب».

قال: ثم ابن الجد وهو العم، ثم ابنه وإن سفل، ثم ابن جد الأب وهو عم

---

(١) سقط في ب.
(٢) سقط في س، د.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: سقط.
(٥) سقط في س، د.
(٦) سقط في س، د.
(٧) سقط في ب.
(٨) في ب: الأب.
(٩) في س: وثبت.
(١٠) في د: الأم.

الأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم ابن جد الجد، ثم ابنه وإن سفل، وعلى هذا. أي: كلما عدم بنو أب عدلنا إلى بني أب أعلى منه، ووجهه: ما ذكرناه.

قال: فإن[(١)] **انفرد واحد منهم أخذ جميع المال**؛ لقوله تعالى:﴿إِنِ ٱمْرُؤٌاْ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٧٦]، فورث الأخ جميع مال الأخت [إذا لم يكن لها ولد][(٢)]، وقيس [باقي الصور][(٣)] عليه، وهو في الابن يكون من طريق الأولى؛ لقوة البنوة على الأخوة، وقد استدل بعضهم على حيازة الابن المال عند انفراده بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۚ﴾ [النساء: ١١] ثم قال[(٤)]: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ۚ﴾ [النساء: ١١]، فالبنت[(٥)] لها عند الانفراد النصف؛ فوجب أن يكون للابن عند الانفراد الجميع؛ لأنه يأخذ قدرها مرتين.

قال: وإن[(٦)] **اجتمع مع ذي فرض أخذ ما بقي بعد الفرض**؛ لما روى ابن عباس - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «اقْسِمْ الْمَالَ بَيْنَ أَهْلِ الْفَرَائِضِ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ - تَعَالَى - فَمَا تَرَكَتِ الْفَرَائِضُ فَلِأَوْلَى ذَكَرٍ»[(٧)] خرجه أبو داود، والبخاري ومسلم والترمذي وابن ماجه بمعناه، ولفظ البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه: «فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ» وأولى هاهنا بمعنى: [أقرب؛ لأنه لو كان بمعنى «أحق» لبقي الكلام مبهمًا لا يستفاد منه بيان الحكم؛ فإنه لا يدرى من هو][(٨)] الأحق؛ فعلم أن[(٩)] معناه ما ذكرناه.

وقوله: رجل ذكر قيل: [ذكر][(١٠)] ذلك تأكيدًا، وقيل: [قد][(١١)] يكون احترازًا على الخنثى؛ فقد يطلق عليه الاسمان، وقيل: نبه به على معنى اختصاص الرجال بالتعصيب؛ للذكورة التي لها القيام على الإناث، وقد روى جابر أن النبي ﷺ [ورث أخا سعد بن الربيع ما بقي من فرض البنات والزوجة، كما ذكرناه في

---

(١) في التنبيه: فإذا.
(٢) في س، د: عند عدم الولد.
(٣) في س: الباقي.
(٤) في ب: إلى قوله تعالى.
(٥) في س: أثبت، د: ثبت.
(٦) في التنبيه: وإذا.
(٧) أخرجه أبو داود(٢/ ١٣٧) كتاب الفرائض، باب: في ميراث العصبة، حديث(٢٨٩٨)، وبمعناه البخاري، ومسلم وقد تقدم.
(٨) سقط في د.
(٩) في س، د: من.
(١٠) سقط في س، د.
(١١) سقط في س، د.

الباب[١] قبله؛ فدل على أن هذا حكم العصبة[٢].

قال: ولا يرث أحد منهم بالتعصيب، وهناك من هو أقرب منه؛ لحديث ابن عباس الذي تقدم.

قال: فإن استوى اثنان [منهم][٣] **في درجة[٤] فأولاهما من انتسب إلى الميت بأب وأم**؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «أَعْيَانُ بَنِي آدَمَ يَتَوَارَثُونَ دُونَ بَنِي الْعَلَّاتِ»[٥] [يعني[٦]: يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه، وقد تقدم تفسير «بَنِي الْعَلَّاتِ»][٧]، ومعنى «أعيان»: الإخوة.

ولأنه انفرد بقرابة الأم، والانفراد بالقرابة بمنزلة التقدم بدرجةٍ، [وقد ثبت أن المقدم بدرجة][٨] هو المستحق، فكذلك الممتاز [بقرابة][٩]. وقول الشيخ: استوى اثنان في درجة - احترز به عما إذا اختلفت الدرج[١٠]، وأحدهما [يدلي][١١] إلى الميت بأبٍ وأم، وهو أبعد درجة، والآخر يدلي بالأب وهو أقرب: كأخٍ من أبٍ مع ابن أخٍ [من أبٍ][١٢] وأمٍ - فإن الأخ أولى.

فإن قيل: إذا خلف ابني عم أحدهما أخ لأم، كان له السدس بالفرض، والباقي بينه وبين ابن العم الآخر نصفين، ومقتضى ما ذكرتم أن يفوز الأخ بكل المال.

قيل: قد قيل بذلك أيضًا فيما ذكرت كما ستعرفه من بعد، وعلى تقدير تسليم[١٣] الحكم - كما هو المنصوص، وبه جزم القاضي أبو الطيب وابن الصباغ- فالفرق أن أخوة الأم لما امتنع التوريث بها لكونها مع أخوة الأب جنسًا واحدًا، والجنس الواحد لا يتعدد الإرث به [امتزجت][١٤] فأوجبت[١٥] ترجيحًا، وهاهنا[١٦] أخوة الأم أمكن التوريث بها مع بنوة العم؛ لاختلاف الجنس؛ فامتنع أن يكون ترجيحه[١٧] لغيرها.

قال: ولا يعصب أحد [منهم][١٨] **أخته إلا الابن، وابن الابن، والأخ؛**

---

(١) في س: الكتاب.
(٢) في س: العصبات.
(٣) سقط في س.
(٤) في د: الدرجة.
(٥) تقدم.
(٦) في ب: بمعنى.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في ب.
(٩) سقط في س، د.
(١٠) في د، س: اختلف التدرج.
(١١) سقط في د، س.
(١٢) سقط في د.
(١٣) في ب: تسليمكم.
(١٤) سقط في ب.
(١٥) في د: فأوجب.
(١٦) في ب: هنا.
(١٧) في ب: مرجحه.
(١٨) سقط في س.

فإنهم يعصبون أخواتهم، للذكر مثل حظ الأنثيين، أما جواز تعصيب الأولاد فلقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ الآية. [النساء: ١١]، فثبت في أولاد الصلب بالنص، وأولاد الابن: فإما أن يطلق عليهم اسم الأولاد حقيقة كما قال بعضهم احتجاجًا بما ذكرناه[(١)]، وإما بالقياس عليهم؛ لأن حكمهم مع الأب[(٢)] حكم أولاد الصلب في [سائر الأحكام][(٣)]؛ فوجب أن يكون [حكمهم][(٤)] في التعصيب كذلك.

وأما [في][(٥)] الإخوة فلقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ فَلِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۗ﴾ [النساء: ١٧٦].

وأما امتناع تعصيب من عداها ولا أخته؛ فلأنها لا يفرض لها عند الانفراد، [أو][(٦)] لكونها من ذوي الأرحام، وسيأتي الدليل على أن ذوي الأرحام لا ميراث لهم.

قال: ويعصب[(٧)] **ابن الابن [من تحاذيه من بنات عمه**؛ لأنهن في درجته، فأشبهن أخواته، ويعصب ابن الابن][(٨)] **من فوقه من عماته وبنات عم أبيه إذا لم يكن لهن فرض.**

صورة المسألة في تعصيب **عماته**: أن يموت شخص ويخلف بنتين وبنت ابن، وابن ابن ذلك [الابن][(٩)].

وصورة تعصبيه بنت عم أبيه: أن يموت شخص ويخلف بنتين وبنت ابن يسمى أبوها زيدًا، وابن ابن [ابن][(١٠)] يسمى أبوه عمرًا؛ وإنما عصبهن لأنه لا يمكن إسقاطه؛ لأنه عصبة ذكر، وإذا لم يسقط فلا يمكن إسقاطه لعمته وبنت[(١١)] عم أبيه؛ لأنه لا يسقط من في درجته - وهن أخواته وبنات عمه - فمن فوقه أولى؛ فتعين مشاركته لهما[(١٢)] [في الفرضية][(١٣)]. أما إذا كان لهن فرض: كما إذا

---

(١) في س: ذكر قبل.
(٢) في س: الآباء.
(٣) سقط في ب، د.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) في ب: وتعصيب.
(٨) سقط في س، د.
(٩) سقط في س، د.
(١٠) سقط في د.
(١١) في ب: ابنة.
(١٢) في س، د: لهن.
(١٣) سقط في س.

كان للميت بنت واحدة، [و][١] بنت ابن - فإن ابني[٢] أخيها وابن ابن عمها لا يعصبها؛ لأنها من أصحاب الفرائض، ومن ورث بالفرض بقرابة لا يرث بالتعصيب بتلك القرابة، فينفرد ابن الابن [بالباقي][٣]، كذا أطلقه [الأصحاب][٤]، ويظهر نقضه بما ذكره[٥] من أن الجد يرث بالفرض والتعصيب[٦]، فيما إذا كان للميت بنت وجد، فيأخذ السدس بالفرض، وللبنت النصف، والباقي للجد بالتعصيب.

وحكم أولاد ابن [ابن ابن][٧] الابن مع بنات ابن ابن الابن كما ذكرناه.

قال: **ولا يشارك أحد منهم أهل الفرض في فرضه**؛ لما فيه من الإضرار بصاحب الفرض، **إلا[٨] في [مسألة][٩] المشرّكة، وهي: زوج وأم أو جدة وابنان[١٠] من ولد[١١] الأم، وولد الأب والأم: فيجعل للزوج النصف، وللأم أو الجدة السدس، ولولد الأم الثلث يشاركهم فيه ولد الأب والأم**؛ لاشتراكهم في الرحم الذي ورثوا به الفرض[١٢]، فأشبه ما لو كان أولاد الأم بعضهم[١٣] ابن عم؛ فإنه[١٤]

---

(١) سقط في ب. (٢) في س، د: ابن. (٣) سقط في ب.
(٤) سقط في د. (٥) في ب: ذكروه. (٦) في ب: وللتعصب.
(٧) سقط في س، د.
(٨) زاد في التنبيه: إلا ولد الأب والأم فإنهم يشاركون ولد الأم في فرضهم.
(٩) سقط في التنبيه. (١٠) في التنبيه: واثنان. (١١) في التنبيه: وواحد من ولد.
(١٢) قوله: في باب ميراث العصبة: ولا يشارك أحد منهم أهل الفرض في فرضهم، إلا في مسألة المشركة، وهي زوج وأم أو جدة وابنان من ولد الأم وولد الأب والأم، فيجعل للزوج النصف، وللأم أو الجدة السدس، ولولد الأم الثلث، يشاركهم فيه ولد الأب والأم؛ لاشتراكهم في الرحم، ولو كان ولد الأب والأم أنثى لم يكن مشركة؛ لأن الواجب يفرض لها في هذه الحالة؛ لعدم من يحجبها، وتكون المسألة عائلة بنصفها إلى تسعة.
ثم قال: فرع: لو كان ولد الأب والأم خنثى مشكلًا، فعلى تقدير أن يكون ذكرًا فالمسألة من ستة، ولا عول فيها، لكن نصيب أولاد الأم منها سهمان، وهم ثلاثة لا ينقسم عليهم، ولا وفق لذلك، فيضرب مخرج الكسر وهو ثلاثة في أصل المسألة تبلغ ثمانية عشر، وعلى تقدير كونه أنثى تكون من ستة أيضًا، لكن تعول إلى تسعة.
ثم بين المسألة الأولى والثانية موافقة بالثلث، فاضرب جزءًا والوفق من إحداهما في كامل الآخر تبلغ أربعة وخمسين، فالزوج والأم... إلى آخر ما قال وما ذكره -رحمه الله- من أن بين المسألتين موافقة بالثلث غلط واضح، بل التسعة داخلة في الثمانية عشر؛ لأن الثمانية عشر تفي بالتسعة مرتين، فيكتفى بها -أعني: الثمانية عشر، وتصح المسألة منها.
وأما تصحيحه إياها من أربعة وخمسين فغلط، وكذلك كل ما ترتب عليه من القسمة. [أ و]. =

يشارك بقرابة الأم، وإن سقطت عصوبته.

وقيل للشافعي قول بعدم المشاركة، وبعضهم يحكيه عن ابن اللبان، وقيل: إنه اختيار الأستاذ أبي منصور البغدادي؛ لأن الإخوة من الأبوين عصبة، فإذا استغرق الفرض سقطوا، واختلاف القولين من اختلاف الرواية عن زيد، وقد روي عن عمر- رضي الله عنه- اختلاف في ذلك أيضًا، فروي عن الحكم بن مسعود أنه قال: رأيت عمر بن الخطاب يسقط ولد الأب والأم في المشركة، ثم رأيته بعد عام سوَّى بينهم، فقلت [له](١): كيف تعطيهم والأب [ليس](٢) يشركهم؟ فقال: ذلك كما قضينا، وهذا [على ما](٣) نقضي، [وفي «النهاية» - في فصل أوله: إذا تحاكم [إليه](٤) أعجمي، من كتاب الأقضية - أن عمر- رضي الله عنه - قضى في مسألة المشركة(٥) بإسقاط الأخ من الأب والأم بعد أن كان يشرك(٦) في العام الأول، فقيل له في ذلك، فقال: ذاك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي](٧).

وفي «البحر»؛ هنا أنه روي أن عمر شرك بين الأخ من الأب والأم، وبين أولاد الأم في الابتداء، ثم رجع في الانتهاء؛ فقال الإخوة من الأب والأم: هب أن أبانا كان حمارًا ألسنا من أم واحدة؛ فشرك، ومن هاهنا سميت [هذه المسألة](٨) بـ [«الحمارية»، كما سميت: مشركة](٩) بفتح الراء؛ لكونها مشتركًا فيها، أو لكون(١٠) ولد الأب والأم شارك ولد الأم.

ثم اعلم أن من تمام [صورة](١١) مسألة المشركة(١٢): أن يكون ولد الأب والأم ذكرًا، أو ذكرًا وأنثى فأكثر، ويجمع العبارتين أن يكون عصبة، فلو(١٣) كان أختًا واحدة أو أختين فأكثر - لم تكن مشركة؛ لأن الأخت يفرض لها في هذه الحالة لعدم من يحجبها، وتكون المسألة [عائلة](١٤) بنصفها إلى تسعة(١٥)، ولو

= (١٣) في س: يعصبهم.
(١٤) في د: ما.

(١) سقط في ب.
(٢) سقط في ب.
(٣) في س: كما.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: المشتركة.
(٦) في س: شرك.
(٧) سقط في ب.
(٨) سقط في س، د.
(٩) في س: الجارية.
(١٠) في س، د: ولكونها.
(١١) سقط في س، د.
(١٢) في س: المشتركة.
(١٣) في ب: لو.
(١٤) سقط في د.
(١٥) في ب: سبعة.

كان ولد الأم واحدًا وولد الأب والأم عصبة - لم تكن مشركة أيضًا؛ لأن ولد الأب والأم يأخذ السدس الفاضل عن أصحاب الفروض؛ فلو[١] كان بدل[٢] الإخوة من الأب والأم إخوة [من الأب][٣] سقطوا اتفاقًا؛ لانتفاء المعنى الذي لأجله شركنا. ثم إذا أخذ أولاد الأب والأم ما خصهم من مسألة المشركة اقتسموه بالسوية؛ لأن استحقاقهم [لذلك بجهة الفرضية][٤]، لا [بجهة][٥] بالعصوبة [حتى يكون][٦] الذكر منهم كالأنثى.

قال الرافعي: وكان يجوز أن يقال: إذا تقاسموا في الثلث بالسوية أخذ ما يخصهم، ويجعل [بينهم][٧] للذكر مثل حظ الأنثيين، كما في مسألة الأكدرية.

فرع: لو كان ولد الأب والأم خنثى مشكلًا فقد عرفت أنه لو كان ذكرًا كانت مسألة المشركة[٨]، ولو كان أنثى [لم تكن][٩] مشركة[١٠]، بل يعطى كل منهم فرضه عائلًا، فطريقك في هذا[١١] ونظائره: أن تصحح المسألة على تقدير الذكورة[١٢]، ثم على تقدير الأنوثة بعول وبغير عول، ثم ينظر بين المسألتين، فإن كانتا متباينتين، أو متوافقتين [بجزء][١٣] [ما][١٤] ضربت إحداهما في كامل الأخرى عند التباين أو [جزء الوفق][١٥] [من إحداهما][١٦] في كامل الأخرى [إن كان بينهما وفق][١٧]، فإذا انتهت إلى عدد فانظر إلى حال كل وارث: فإن كان الأضر [به كون الخنثى][١٨] أنثى أعطيته نصيبه من مسألة الأنوثة مضروبًا في مسألة الذكورة، أو وفقها إن [كان][١٩] بينهما وفق، وإن كان الأضر به كونه ذكرًا أعطيته نصيبه من مسألة الذكورة مضروبًا في مسألة الأنوثة أو وفقها إن كان بينهما وفق، ويوقف الباقي.

إذا تقرر ذلك فنقول: المسألة التي نحن فيها على تقدير أن يكون ذكرًا من ستة ولا عول فيها، لكن نصيب أولاد الأم منها سهمان، وهم[٢٠] ثلاثة؛ لا ينقسم

---

(١) في ب: ولو.
(٢) في ب: ترك.
(٣) في س، د: لأب.
(٤) في س، د: بالفرضية.
(٥) سقط في س، د.
(٦) في س، د: فيأخذ.
(٧) سقط في س، د.
(٨) في س: المشتركة.
(٩) في ب: فليست.
(١٠) في س: مشتركة.
(١١) في س، د: ذلك و.
(١٢) في س، د: الذكورية.
(١٣) سقط في د.
(١٤) سقط في س، د.
(١٥) في س: آخر الموفق.
(١٦) سقط في س، د.
(١٧) في س، د: عند التوافق.
(١٨) في س، د: بالخنثى كونه.
(١٩) سقط في س.
(٢٠) في ب: وهو.

عليهم [السهمان][١] ولا وفق بينهما[٢]، فيضرب مخرج الكسر - وهو ثلاثة - في أصل المسألة؛ تبلغ ثمانية عشر. وعلى تقدير كونه أنثى [تكون][٣] من ستة أيضًا[٤] وتعول إلى تسعة، ثم [بين المسألتين][٥] موافقة بالثلث، فاضرب جزء الوفق من إحداهما في كامل الأخرى تبلغ[٦] أربعة وخمسين، فالزوج والأم الأضر في حقهما كونه أنثى: فللزوج من مسألة الأنوثة ثلاثة مضروبة في ستة بثمانية عشر، وللأم منها سهم مضروب في ستة بستة.

وولدا الأم [لهما][٧]- على تقدير كونه أنثى - سهمان مضروبان في ستة باثني عشر لكل منهما ستة، وعلى تقدير كونه ذكرًا ستة مضروبة في ثلاثة تبلغ ثمانية عشر، فيعطى لكل منهما ستة، وللخنثى ستة، [فقد استوى حالهما في حال الذكورة والأنوثة، فيعطى لكل منهما ستة، وللخنثى ستة][٨]؛ لأنه على [تقدير][٩] الذكورة يكون له لا غير، وعلى تقدير الأنوثة يكون له ثمانية عشر، فيفضل اثنا عشر تكون موقوفة بين الخنثى والزوج والأم، فإن ظهرت أنوثة الخنثى سلمت إليه، وإن ظهرت ذكورته كان للزوج منها تسعة وللأم ثلاثة.

قال: **وإن وجد في شخص جهتا[١٠] فرضٍ وتعصيب: كابن عم هو زوج، أو ابن عم هو أخ من أم - ورث بالفرض والتعصيب**، أي: فيكون للذي هو زوج النصفُ بالفرض، والباقي بينه وبين الآخر نصفين، ويكون للذي هو أخ من أم السدسُ بالفرض، والباقي بينه وبين الآخر، ووجهه: أنهما إرثان[١١] بسببين مختلفين؛ فأشبه ما لو كانت القرابتان في شخصين. وهذا ما جزم به الأصحاب في الأولى، ونص عليه في الأخيرة، وحكى أنه نص فيما إذا مات وخلف ابني عم المعتقة، وأحدهما أخو المعتقة لأمها: أن جميع[١٢] المال للذي[١٣] هو لأم[١٤].

فمن الأصحاب من خرج من كل [نص إلى آخر][١٥] قولًا، وجعل المسألتين على قولين:

---

(١) سقط في د. (٢) في ب: لذلك. (٣) سقط في ب.
(٤) سقط في د. (٥) في ب: إن المسألة الأولى والثانية.
(٦) في ب، د: بلغ. (٧) سقط في س، د. (٨) سقط في د.
(٩) سقط في د. (١٠) في التنبيه: جهة. (١١) في ب، د: يرثان.
(١٢) في د: جمع. (١٣) في ب: الذي. (١٤) في ب: أخوه لأمه.
(١٥) في س، د: مسألة إلى الأخرى.

أحدهما: أنه يترجح الأخ للأم، ويأخذ جميع المال في الصورتين؛ لأنهما استويا في جهة العصوبة، واختص أحدهما بقرابة الأم؛ فأشبها الأخ من الأبوين مع الأخ من الأب، والعم من الأبوين مع العم من الأب.

والثاني: [أنه][١] لا يترجح؛ لأنه اختص بجهة يفرض فيها، فلا يسقط من يشاركه من جهة العصوبة كابني عم أحدهما زوج، فعلى هذا يكون الحكم كما ذكرنا؛ [فلا يسقط من يشاركه من جهة العصوبة][٢].

والطريقة الثانية- وهي الصحيحة-: القطع بالمنصوص في الموضعين، والفرق: أن الأخ من الأم يرث بالنسب، فأمكن أن يعطى فرضه، ويجعل الباقي بينهما؛ لاستوائهما في العصوبة، وفي الولاء لا إرث بالفريضة؛ فترجح[٣] عصوبة[٤] من يدلي بقرابة الأم، كما أن الأخ من الأبوين لما لم يأخذ بقرابة الأم شيئًا - ترجحت عصوبته حتى قدم على الأخ من الأب، وهذا على قولنا: إن الأخ الشقيق في الولاء مقدم على الأخ للأب.

ولو [خلفت المرأة][٥] ابنى عم أحدهما أخ لأم، والثاني زوج - فعلى الصحيح: للزوج النصف، [وللأخ للأم][٦] السدس، والباقي بينهما بالسوية، وعلى القول المخرج: للزوج النصف، والباقي كله [للأخ للأم][٧].

ثم محل ما ذكرناه إذا لم يكن في الورثة من يسقط أخو الأم، أما إذا كان: كما إذا خلفت المرأة بنتًا وابني[٨] عم أحدهما أخ لأم - ففيها[٩] وجهان:

أظهرهما - وبه جزم بعضهم-: أن للبنت النصف، والباقي بينهما؛ لأن أخوة الأم سقطت بالبنت، فكأنها لم تكن؛ فيرثان ببنوة العم على السواء.

وأقواهما - عند الشيخ أبي علي، وهو جواب ابن الحداد-: أن الباقي للذي هو أخ للأم أيضًا؛ لأن البنتية[١٠] منعته [من الأخذ][١١] بقرابة الأم، وإذا لم يأخذ

---

(١) سقط في س، د.
(٢) سقط في ب، س.
(٣) في ب: فرجح.
(٤) في س، د: قرابة.
(٥) في ب: حلف للمرأة.
(٦) في ب: ولأخ الأم.
(٧) في ب: لأخ الأم.
(٨) في ب: ابن.
(٩) في س، د: ففيه.
(١٠) في س: البنت.
(١١) في س: بالأخذ.

بها ترجحت عصوبته كالأخ من الأبوين مع الأخ من الأب، .

واحتج ابن الحداد لجوابه بنص الشافعي [- رضي الله عنه -][١] في صورة الولاء كما ذكرناه، وبأن الأخ من الأبوين يقدم في ولاية النكاح [على الأخ من الأب ترجيحًا بقرابة الأمومة وإن كانت لا تفيد ولاية النكاح][٢].

قال: وإن كان في الورثة خنثى مشكل دفع إليه ما يتيقن أنه حقه، ووقف ما يشك فيه؛ أخذًا بالأحوط، [وقد قدمْتُ][٣] طريق ذلك، وروى الأستاذ أبو منصور وجهًا: أن للخنثى ما يتيقن أنه حقه، والباقي [يكون][٤] للورثة. ونسبه ابن اللبان إلى تخريج ابن سريج، وحكى وجهين في أنه: هل يؤخذ من سائر الورثة ضمين[٥] أم لا؟ والطريق[٦] [في][٧] معرفة الخنثى المشكل مذكورة في هذا الكتاب في باب: ما يحرم من النكاح، فليطلب منه.

فرع: لو كان في الورثة حمل: إما لكون أمه فراشًا للميت أو فراشًا لأبيه، وأبوه رقيق، وهو وأم الحمل حُرَّانِ - فلا يصرف إليه شيء في حال الحمل، بل يوقف الميراث كله - على وجه - إلى حين وضعه. كذا رواه الفوراني عن بعض أصحابنا، ورواه الشيخ أبو حامد قولًا عن رواية الربيع، والظاهر من المذهب: أنه لا يوقف الجميع، لكن ينظر في الورثة: فمن يحجبه الحمل إذا انفصل حيًّا - [إما][٨] مطلقًا: كأولاد الأم إذا كان الحمل من الميت، أو على تقدير كونه ذكرًا: كأولاد الأب والأم - لا يدفع إليه شيء، ومن لا يحجبه الحمل[٩] - وله مقدار لا ينقص- دفع إليه، فإن أمكن العول دفع إليه ذلك المقدار عائلًا.

مثاله: زوجة[١٠] حامل وأبوان، يدفع إلى الزوجة ثمن عائل، وإلى الأبوين سدسان عائلان؛ لاحتمال أن يكون الحمل أنثى[١١]، وإن لم يكن له نصيب مقدر كالأولاد - فهل يصرف إليهم أم لا؟ [ذلك ينبني][١٢] على أن لأقصى الحمل ضبطًا أم لا، والأصحاب مختلفون فيه: فعن شيخَي المذهب أبي حامد والقفال:

---

(١) سقط في ب.
(٢) سقط في د.
(٣) في ب: وقدمت.
(٤) سقط في س، د.
(٥) في س: ضمينًا، وفي د: شيئًا.
(٦) في س، د: طريق.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في س.
(٩) في س بالحمل.
(١٠) في ب: زوج.
(١١) في س: ابنين.
(١٢) في س، د: فيه خلاف.

أنه لا ضبط لذلك، وبه قال أصحابنا العراقيون، والصيدلاني، والقاضي الحسين؛ لأن الشافعي [- رضي الله عنه -][(١)] قال: أخبرني شيخ باليمن أنه ولد [له][(٢)] خمسة أولاد في بطن واحدة، وعن ابن المرزبان أن امرأة بالأنبار ألقت كيسًا فيه اثنا عشر ولدًا.

وذكر صاحب «التهذيب» أن هذا أصح.

وقال آخرون: [إن][(٣)] أقصى الحمل[(٤)] أربعة، وهو ما ذكره الغزالي والقاضي ابن كج. قيل: وهو قياس قول الشافعي؛ لأنه[(٥)] يتبع في [مثل][(٦)] ذلك الوجود، وأكثر العدد الذي وجد أربعة، لكنه[(٧)] مشكل بما نقله الأولون.

فعلى الأول: إذا خلف ابنًا وأم ولد حاملًا - لم يصرف للابن شيء في الحال، وكذا إذا خلف ابنًا وزوجة حاملًا، لكان للزوجة الثمن.

وعلى الثاني: للابن في الصورة الأولى الخمس، وفي الثانية خمس الباقي، وعلى هذا: هل يمكن من التصرف [فيه][(٨)] أم لا؟ فيه خلاف عن القفال؛ لأنه قد يهلك الموقوف[(٩)] للحمل فيحتاج إلى الاسترداد، والحاكم وإن كان يلي أمر [الأطفال، لكنه لا يلي أمر][(١٠)] الأَجِنَّة، والظاهر الأول، وهذا كله قبل انفصاله، فإذا انفصل وفيه حياة مستقرة، مثل أن صرخ عقيب الولادة [أو بكى][(١١)] أو عطس، أو تثاءب أو امتص الثدي، أو تحرك حركة ظاهرة. [ولو تحرك حركة][(١٢)] بين تلك وبين [الحركة التي كالاختلاج][(١٣)] الذي يحصل مثله[(١٤)] لانضغاط وتقلص [عصب - ففيه][(١٥)] خلاف حكاه الإمام، فإذا وجد أحدها وقد تحقق وجوده حالة الموت: بأنوضعته لدون ستة أشهر من حين الموت، أو لستة أشهر فما فوقها من حين الموت إلى أربع سنين، وقد انقطع الفراش، ولم يتجدد فراش غيره - ورث.

قال الرافعي: ولم يجروا في الصورة الأخيرة الوجهين المذكورين فيما إذا

---

(١) سقط في ب.
(٢) سقط في س، د.
(٣) سقط في ب.
(٤) في ب: المحتمل.
(٥) في س، د: لا.
(٦) سقط في ج.
(٧) في د: لأنه.
(٨) سقط في س.
(٩) في ب: للوقوف.
(١٠) سقط في س، د.
(١١) سقط في ب.
(١٢) سقط في س، د.
(١٣) في س، د: حركة الاختلاج.
(١٤) في د، س: منه.
(١٥) في ب: ففي.

أوصى لحمل فلانة من زيد، فأتت بولد لستة أشهر فما فوقها إلى أربع سنين، وليست فراشًا فيها لأحد - في أنه هل يستحق؟ وسببه: أن النسب ثابت، والميراث يتبعه، والوصية بخلافه. ولو كان لها زوج يطؤها لم يعط[1]؛ لاحتمال حدوثه، إلا أن يتطابقوا على وجوده حين الموت، وينبغي أن يمسك الزوج عن وطئها بعد الموت حتى يظهر الحال.

قال الإمام: ولا نقول بتحريمه.

فرع: إذا مات عن ابن وزوجة حامل، فولدت ابنًا وبنتًا، فاستهل أحدهما، ووجدا ميتين، ولم يدر أن المستهل أيهما[2] - أعطى كل وارث أقل ما يصيبه[3]، ويوقف الباقي حتى يصطلحوا أو تقوم بينة.

قال: وإن لم يكن أحد من العصبات ورث[4] **المولى المعتق، رجلًا كان أو امرأة**؛ لما روي أن رجلًا أتى النبي ﷺ برجل فقال: إني اشتريته وأعتقته، فما أمر ميراثه؟ قال ﷺ: «إِنْ تَرَكَ عَصَبَةً فَالْعَصَبَةُ أَحَقُّ، وَإِلَّا فَالْوَلَاءُ»[5].

قال: فإن[6] **لم يكن فعصبته؛ على ما ذكرته في باب الولاء**؛ لقوله ﷺ: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»[7].

قال: فإن لم يكن له وارث - أي: من العصبة[8] أو النسب - **انتقل ماله إلى بيت المال ميراثًا للمسلمين**؛ لما ذكرناه من رواية أبي داود من قوله[9] عليه السلام: «أَنَا وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ»[10] وهو - عليه السلام- لا يرث لنفسه، وإنما هو يصرف ذلك في مصالح المسلمين؛ فهم الوارثون، ولأنهم يعقلونه إذا

---

(١) في س: تعط.

(٢) في س، د: أحدهما.

(٣) في د: من نصيبه.

(٤) زاد في س: ورث.

(٥) أخرجه عبد الرزاق (٩/ ٢٣)، رقم (١٦٢١٤)، والبيهقي (٦/ ٢٤٠) وذكره الحافظ في تلخيص الحبير (٣/ ١٨٩) وزاد نسبته لسعيد بن منصور من مرسل الحسن.

(٦) في د: وإن.

(٧) أخرجه محمد بن الحسن الشيباني في «كتاب الولاء» كما في تلخيص الحبير (٤/ ٢١٣)، ومن طريقه الشافعي في «المسند» (٢/ ٧٢) كتاب العتق، باب: المكاتب والولاء، حديث (٢٣٧)، والحاكم (٤/ ٣٤١) كتاب الفرائض، باب: الولاء لحمة كلحمة النسب، والبيهقي (١٠/ ٢٩٢).

(٨) في س: العصبات.

(٩) في س، د: لقوله.

(١٠) تقدم.

قتل؛ فانتقل ماله إليهم بالموت ميراثًا كالعصبة، وقد حكينا من قبل وجهًا عن بعض الأصحاب: أن انتقاله إلى بيت المال لا يكون إرثًا، وإنما يكون كمالٍ ضائع؛ لأنه لا يخلو من قريب وارث، وإن لم يعرف، وهذا إذا كان الميت مسلمًا، فإن(١) كان كافرًا انتقل ماله فيئًا، كما سيأتي في قسمة الفيء والغنيمة.

فرع: قال في «البحر»: إذا صرف المال إلى بيت مال المسلمين ميراثًا - يرثه [كل](٢) من كان موجودًا عند [وف]اته دون من يولد(٣) من بعد، ويصرفه الإمام إلى الموجودين على ما يراه(٤) من المصلحة، ويكون الذكر والأنثى فيه سواء؛ لأنهما تساويا في جهة الاستحقاق وهي [الموالاة في الدين، كما قلنا في ولد الأم؛ لأنهما في جهة الاستحقاق - وهي](٥) الرحم - سواء، ذكره [بعض](٦) أصحابنا.

قال: فإن لم يكن سلطان عادل، كان لمن في يده المال أن يصرفه في المصالح، وأن يحفظه(٧) إلى أن يلي سلطان عادل؛ لأن الإمام نائب عن المسلمين ووكيل لهم؛ فجاز الدفع إلى الموكل(٨) بالصرف في(٩) مصالحهم، وجاز الصبر حتى يدفع [إلى نائبهم](١٠). وهذا أصح في تعليق القاضي أبي الطيب، وعند الشيخ في «المهذب».

[والسلطان](١١) يذكر ويؤنث لغتان مشهورتان، ولم يذكر ابن السكيت سوى التأنيث.

قال: وقيل: يرد إلى ذوي الفروض غير الزوجين على قدر فروضهم(١٢)، إن(١٣) كان [هناك](١٤) أهل فرض(١٥).

مثاله: إذا مات وخلف بنتًا(١٦) وأُمًّا، [فرض للأم](١٧) السدس، وللبنت النصف، ثم يرد الثلث الباقي عليهما بالنسبة؛ فيكمل للأم الربع، وللبنت النصف والربع.

---

(١) في ب: فلو.
(٢) سقط في س.
(٣) في س، د: يوجد.
(٤) في ب: يُرَى.
(٥) سقط في س، د.
(٦) سقط في ب.
(٧) في ب: يحفظ.
(٨) في س، د: الموكلين.
(٩) في ب: إلى.
(١٠) في د: لنائبهم.
(١١) سقط في د.
(١٢) في س، د: فرضهم.
(١٣) في ب: أو.
(١٤) سقط في د.
(١٥) في د: الفرض.
(١٦) في ب: أبًا.
(١٧) في س: فللأم.

ولو كان الورثة أمًّا وأختًا، فللأم الثلث، وللأخت النصف، والباقي يقسم على خمسة، فيكمل للأم خمسا المال، وللأخت ثلاثة أخماسه.

قال: وإن لم يكن صرف إلى ذوي الأرحام، وهم: ولد البنات، وولد الأخوات، وبنات الإخوة، وبنات الأعمام، وولد الأخ من الأم، والعم [من][1] الأم[2] **والعمة، وأبو الأم[3]، والخال والخالة، ومن أدلى [بهم][4]** [أي][5]: من الأولاد، وأم [أبي][6] الأم، وبهم يكمل عددهم خمسة عشر نفسًا، كما قال القاضي أبو الطيب.

قال: يورثون على مذهب أهل التنزيل، فيقام كل واحد منهم مقام الذي يدلي به، فيجعل ولد البنات [وولد][7] **الأخوات بمنزلة [أمهاتهم، وبنات الإخوة، وبنات الأعمام بمنزلة آبائهم، [وأبو][8] الأم والخال والخالة بمنزلة][9] الأم، والعم للأم والعمة بمنزلة الأب.** وهذا ما اختاره ابن كج، وأفتى به أكابر المتأخرين، وادعى الماوردي أنه أجمع عليه المحصلون من أصحابنا، وأن الشيخ أبا حامد ومن تابعه تفرد بمنع ذوي الأرحام [و][10] الرد، واحتج بأن جهة بيت المال باقية، فلا يبطل [استحقاق][11] الجهة بعدمه؛ كالزكاة: لا تسقط بعدم بيت المال. ثم قال الماوردي: وهذا فاسد؛ لأن ما يستحق[12] صرفه من بيت المال عن جهات غير متعينة[13]، وإنما يتعين باجتهاد الإمام، فإذا بطل التعيين سقط الاستحقاق[14]، وإن علم أن الجهة لا تعدم، كالعربي إذا مات - علمنا أن له عصبة [أو بنين][15]، ولكنهم [إذا][16] لم يتعينوا [صرف حقهم، وانصرف إلى غير جهتهم؛ فكذلك][17] جهة بيت المال إذا لم تتعين سقط حقها، وانصرف إلى غيرها، وليس كالزكاة؛ لتعين جهاتها وقطع الاجتهاد فيها، فلا تسقط بعدم من كان

---

(١) سقط في د.
(٢) في س: للأم.
(٣) في س، د: الأب.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س، د.
(٧) سقط في التنبيه.
(٨) سقط في التنبيه.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في س.
(١١) سقط في د.
(١٢) في س: استحق.
(١٣) في د: معينة.
(١٤) زاد في س: ثم.
(١٥) سقط في س، د.
(١٦) سقط في س، د.
(١٧) في س: تصرف حقهم إلى غيرهم كذلك.

يقوم بمصرفها[(١)]، ولأن في الزكاة من يقوم مقام السلطان، وهو رب المال، بخلاف هذا، ولأن بيت المال كان أولى؛ لأنه يعقل عنه، بخلاف ذوي الأرحام، وعدمه أسقط[(٢)] العقل؛ فأسقط الميراث.

قال الروياني: ومن اختار قول أبي حامد - وهو المشهور- أجاب عن هذا بأن جهة الإرث لم تعدم هنا، وإنما الناظر والمستوفي عدم، [و][(٣)] هذا لا يوجب سقوط الحق، كما لو مات لصبي قريبٌ مناسب، ولم يكن له ولي ينظر في أمره - لا يسقط إرثه.

وعلى هذا إذا كان في البلد قاض مأذون له في قبض المال، وصرفه في المصالح - [كان][(٤)] كالإمام العادل، وإن لم يكن مأذونًا له في الصرف، فيدفعه إليه الأمين[(٥)] أو يصرفه بنفسه؟ فيه وجهان، وعلى قول [توريث][(٦)] ذوي الأرحام: هل يختص به فقراؤهم، أو[(٧)] يشترك فيه الفقراء والأغنياء؟ فيه وجهان:

الأول منهما: رواه ابن كج، وقال: إنه يبدأ بالأحوج فالأحوج منهم، والمشهور: أنه يصرف إلى جميعهم، وهل هو إرث أو شيء مصلحي؟ فيه وجهان:

أشبههما[(٨)] بأصل المذهب - كما قال الرافعي-: الثاني وهو ما اختاره الروياني، وقد اختار الشيخ في توريث ذوي الأرحام مذهب أهل التنزيل، وهم الذين ينزلون كل قريب منزلة قريبه [كما ذكره][(٩)]، وعلى ذلك جرى القاضي ابن كج والإمام، وذهب صاحب «التهذيب» والمتولي إلى توريث ذوي القرابة، وهم[(١٠)] إن[(١١)] اختلفت درجاتهم قدم الأقرب فالأقرب، كما إذا كان للميت [بنت بنت وبنت بنت بنت، فإنهم يقدمون بنت البنت على][(١٢)] بنت بنت البنت، وعلى ابن بنت البنت. وإن لم تختلف فإن كان [فيهم من][(١٣)] يدلي بوارث فهو أولى، فتقدم[(١٤)] بنت بنت الابن على بنت بنت[(١٥)] البنت؛ لأنها تدلي بوارثة، [وهذا أدلى بنفسه بالوارث][(١٦)].

(١) في س: بمصروفها.
(٢) في د: لسقط.
(٣) سقط في ب.
(٤) سقط في ب.
(٥) في ب، د: الأمير.
(٦) سقط في س، د.
(٧) في ب: أم.
(٨) في ب: أشبهها.
(٩) سقط في س، د.
(١٠) في ب، د: وهو.
(١١) في س، د: أنهم.
(١٢) سقط في د.
(١٣) سقط في ب.
(١٤) في ب: فيقدم.
(١٥) في د: البنت.
(١٦) سقط في س، د.

وبالمثال يظهر الفرق بين المذهبين، فإذا مات وخلف بنتَ بنتٍ وبنت بنت ابن: المنزلون يجعلون المال[(١)] بينهما أرباعًا بالفرض والرد، كما لو كان في المسألة بنت وبنت ابن[(٢)]، وأهل القرابة يجعلون الكل لبنت البنت؛ لقربها.

مثال ثانٍ[(٣)]: بنت ابن بنت، وبنت بنت ابن: المال للثانية بالاتفاق؛ أما على مذهب أهل التنزيل فلأن السبق إلى الوارث هو المعتبر، وأما على الثاني فلأن المعتبر عندهم الأسبق درجة.

مثال ثالث: بنت بنت، وابن بنت، وأخت له من بنت أخرى: المنزلون يقولون: لو كانت البنت حَيَّة لكان المال لها بالفرض والرد، فيجعل نصف المال لبنت البنت الفردة، ونصفه الآخر لبنت البنت الأخرى ولأخيها للذكَر مثل حظ الأنثيين. [وأهل القرابة يجعلون المال بين الثلاثة: للذكر مثل حظ الأنثيين][(٤)].

وإذا تأملت ذلك عرفت أن هذا الخلاف في مذهبنا، وقد يفهم منه أن ذلك خلاف[(٥)] أبي حنيفة، وليس كذلك، بل محل الخلاف بيننا وبينه في التوريث بالرد وذوي الأرحام قبل بيت المال، وبمثل مذهبه قال المزني وابن سريج؛ كما حكاه في «التهذيب»؛ واستدلوا له بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأحزاب: ٦]، ولم يفصل. وقد روى أبو داود عن المقدام - وهو ابن معديكرب الكندي- قال: قال رسول الله ﷺ: «الْخَالُ وَارِثُ مَنْ لا وَارِثَ لَهُ، يَعْقِلُ عَنْهُ، وَيَرِثُهُ»[(٦)]. وروي عنه ﷺ أنه قال: «الْخَالَةُ أُمٌّ»[(٧)]، وروي أنه - عليه

---

(١) في د: الكل. (٢) في ب: بنت. (٣) في ب: آخر.
(٤) سقط في س، د. (٥) في س: مذهب.
(٦) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٠) كتاب الفرائض: باب ميراث ذوي الأرحام حديث (٢٨٩٩، ٢٩٠٠)، وابن ماجه (٢/ ٩١٤) كتاب الفرائض: باب ذوي الأرحام حديث (٢٧٣٨)، والطيالسي (١/ ٢٨٤ منحة) رقم (١٤٤٢)، وسعيد بن منصور (١/ ٩٢) رقم (١٧٢)، وابن الجارود رقم (٩٦٥)، وابن حبان (١٢٢٥ - موارد)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٣٩٧، ٣٩٨)، وأحمد (٤/ ١٣١، ١٣٣)، والدارقطني (٤/ ٨٥) كتاب الفرائض: حديث (٥٧)، والحاكم (٤/ ٣٤٤)، والبيهقي (٦/ ٢١٤) كتاب الفرائض: باب من قال بتوريث ذوي الأرحام، كلهم من طريق بديل بن ميسرة، عن علي بن أبي طلحة، عن راشد ابن سعد، عن أبي عامر الهوزني عبد الله بن لحي، عن المقدام قال: قال رسول الله ﷺ : «من ترك كلًا فإلي (وربما قال إلى الله ورسوله) ومن ترك مالًا فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له أعقل له وأرثه، والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه».

=

السلام - وَرَّثَ أَبَا لُبَابَةَ بْنَ عَبْدِ الْمُنْذِرِ مِنْ ثَابِتٍ بْنِ الدَّحْدَاحَةِ[1]. وروي أن رجلًا من «خُزَاعَةَ» مات، فأُتِي رسول الله ﷺ بميراثه فقال: «الْتَمِسُوا ذَا رَحِمٍ»[2]؛ فدل على أن كل [من كان ذا رحم فإنه يرث][3]، ولأن الأمة أجمعت على الإرث بإحدى الجهتين، فإذا عدمت إحداهما بقيت الأخرى؛ ودليلنا عليهم: ما روى [ابن عمر][4] أن النبي ﷺ ركب إلى «قباء»؛ يستخير الله في ميراث العمة والخالة؛ فأنزل الله -تعالى- أن لا ميراث لهما[5].

= قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين.
وتعقبه الذهبي بقوله: قلت: «علي قال أحمد: له أشياء منكرات قلت: لم يخرج له البخاري» ا.هـ.
وقد خولف في هذا الحديث خالفه محمد بن الوليد الزبيدي.
أخرجه ابن حبان (١٢٢٦ - موارد) من طريق محمد بن الوليد الزبيدي، ثنا راشد ابن سعد، عن ابن عائذ أن المقدام حدثهم... فذكر نحوه.
وقد صحّح الطريق الأول ابن حبان، وحسّنه أبو زرعة الرازي قال ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ٥٠) رقم (١٦٣٦): سمعت أبا زرعة وذكر حديث المقدام بن معدي كرب عن النبي ﷺ «الخال وارث من لا وارث له» قال: هو حديث حسن، قال له الفضل الصائغ: أبو عامر الهَوْزَنِيّ من هو، قال: معروف روى عنه راشد بن سعد لا بأس به.

(٧) أخرجه البخاري (٥/ ٦٤٣) كتاب الصلح، باب: كيف يُكتَب هذا ما صالح فلان بن فلان، حديث (٢٦٩٩) بلفظ: «الخالة بمنزلة الأم» من حديث البراء رضي الله تعالى عنه.

(١) في ب، س: الدحاحة.
والحديث أخرجه سعيد بن منصور في سننه(١/ ٩٠) كتاب ولاية العصبة، باب: العمة والخالة، حديث(١٦٤)، وعبد الرزاق (١٠/ ٢٨٤) حديث (١٩١٢٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢١٥) كتاب الفرائض، باب: من فال بتوريث ذوي الأرحام، من طريق محمد ابن يحيي بن حبان، عن عمه واسع بن حبان....به.

(٢) أخرجه أحمد(٥/ ٣٤٧)، أبو داود(٢/ ١٣٩) كتاب الفرائض، باب: في ميراث ذوي الأرحام، برقم (٢٩٠٤) من حديث بريدة(ولفظه: التمسوا له وارثا التمسوا له ذا رحم، ولفظ أبي داود: : التمسوا له وارثا أو ذا رحم.

(٣) في س: ذي رحم وارث.

(٤) سقط في د.

(٥) أخرجه أبو داود في المراسيل ص (٢٦٣)، والدار قطني في السنن (٤/ ٩٨) عن عطاء ابن يسار به مرسلا، وذكره الحافظ في التلخيص (٣/ ١٨٣) وزاد نسبته للنسائي من مرسل زيد ابن أسلم وقال: وصله الحاكم في المستدرك (٤/ ٣٤٣) بذكر أبي سعيد وفي إسناده ضعف، ووصله الطبراني في الصغير (٢/ ١٤١) أيضا من حديث أبي سعيد في ترجمة محمد ابن الحارث المخزومي شيخه وليس في الإسناد من ينظر في حاله غيره، ورواه الدارقطني (٤/ ٩٩) من حديث أبي سلمة عن أبي هريرة وضعفه بمسعدة بن اليسع الباهلي راويه عن محمد بن عمرو، ورواه الحاكم (٤/ ٣٤٢) من حديث عبد الله بن دينار عن ابن =

وروى أسامة بن زيد أنه - عليه السلام - قال: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[١] وليس[٢] و«لا حق» مذكور في الكتاب.

ومن جهة المعنى: أن بنت الأخ وبنت العم والعمة لا يرثن مع أخيهن[٣] المساوي لهن[٤] في القرابة؛ [فلا يرثن عند الانفراد][٥]؛ كبنت المولى المعتق لما لم ترث مع أخيها لم ترث مع فقده. واحترزنا بلفظ «المساواة» عن ولد الأب مع ولد الأب والأم؛ فإنه لا يرث عند وجوده، ويرث عند فقده، ولأنهم لا يرثون مع المولى المعتق؛ فلم يكن لهم مدخل في الميراث؛ كالقاتل والمرتد.

والجواب عن قولهم: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأحزاب: ٦]: أن المراد بهم أولو الأرحام المذكورون في الكتاب الذين يرثون بالإجماع؛ [لأن][٦] هذه الآية ناسخة للإرث بالإيمان والهجرة كما تقدم، وإنما وقع النسخ [بهم][٧] دون غيرهم.

وأما[٨] - قوله عليه السلام-: «الْخَالُ وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ»[٩] فهو لنا؛ لأنه أخرجه عن كونه وارثًا؛ [لأنه][١٠] أثبته وارثًا حين نفى الوارث، وهذا كما يقال: الصبر حيلة من لا حيلة له، والجوع زاد من لا زاد له. أو[١١] يحمل على كون الخال عصبة؛ ويدل على ذلك كونه جعله يعقل عنه، وهو لا يعقل - باتفاق الخصم - إلا أن يكون عصبة، أو على أنه السلطان، لأن[١٢] العرب تسمى السلطان خالًا.

وأما الجواب عن قصة أبي لبابة، و[ابن] عمر[١٣]: فذاك حين كان التوارث بالإيمان والهجرة. والله أعلم.

= عمر وصححه وفي إسناده عبد الله بن جعفر المديني وهو ضعيف، وروى له الحاكم شاهدا من حديث شريك بن عبد الله بن أبي نمر أن الحارث بن عبد أخبره أن رسول الله ﷺ سئل عن ميراث العمة والخالة فذكره وفيه سليمان بن داود الشاذكوني وهو متروك.

(١) تقدم. (٢) زاد في س، د: لها. (٣) في ب: أختها.
(٤) في ب: لها. (٥) في ب: فلم يرث بحال. (٦) سقط في ب.
(٧) سقط في د. (٨) زاد في ب، د: عن. (٩) تقدم.
(١٠) سقط في د. (١١) في س: و. (١٢) في ب: إلا أن.
(١٣) في ب: وعمره.

باب الجد والإخوة

مسائل الجد [والإخوة][(١)] كَثرُ الاختلاف فيها بين الصحابة - [رضوان الله عليهم][(٢)] - وكانوا يحذرون الكلام فيها. وروى سعيد بن المسيب [في ذلك][(٣)] حديثًا؛ قال: قال رسول الله ﷺ: «أَجْرَؤُكُمْ عَلَى قَسْمِ الْجَدِّ أَجْرَؤُكُمْ عَلَى النَّارِ»[(٤)] وقال علي - كرم الله وجهه-: «مَن سَرَّهُ أن يقتحم جَراثيم جَهَنَّمَ فليقضِ بين الجَدِّ والإخوة»[(٥)].

وقال عبد الله بن مسعود: «سَلُونا عن عَصَباتِكم، ودَعُونا من الجد، لا حَيَّاهُ ولا بَيَّاهُ». وبالجملة فلا بد من الكلام في أمره.

قال: إذا اجتمع الجد - [أي][(٦)]: من قِبَل الأب وإن علا - مع الإخوة [من الأب][(٧)] **والأم، أو الإخوة للأب - جعل كواحد منهم؛ يقاسمهم ويعصب إناثهم مالم ينقص حقه [بالمقاسمة][(٨)] عن الثلث**؛ لأن الجد لا يسقط بالإخوة بإجماع الصحابة، كما سنذكره؛ [لأنهم][(٩)] لا يسقطون بالابن، فبالأخ أولى، بل بعضهم ذهب إلى أنه يسقط الإخوة كالأب، ومنهم أبو بكر - رضي الله عنه- وقد استدل لذلك بأدلة، منها: أنه يسمى أبًا؛ قال الله - تعالى-: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ﴾ [الحج: ٧٨]، فسماه أبًا، وإذا كان أبًا لم يرث الإخوة مع وجوده؛ لقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾ [النساء: ١١]، فَوَرث الأبوين مع الإخوة، وجعل للأم السدس، والباقي للأب.

ومنها: أنه إما أن يكون كالأخ من الأب أو من الأب والأم، أو فوقهما، أو دونهما، فلو جعل كالأخ من الأب، لوجب[(١٠)] أن يسقط بالأخ[(١١)] من [الأب

---

(١) سقط في ب. (٢) سقط في ب. (٣) في س: فيها.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١/ ٦٦) حديث (٥٥) مرسلا، وقال الألباني في الإرواء (٦/ ١٢٩): وإسناده عند سعيد جيد لولا إرساله.

(٥) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١/ ٤٨) برقم (٥٦)، والدارمي (٢/ ٤٥٠) كتاب الفرائض، باب: الجد، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢٤٥) كتاب الفرائض، باب: التشديد في الكلام.

(٦) سقط في س. (٧) في التنبيه: للأب. (٨) سقط في التنبيه.

(٩) سقط في د. (١٠) في ب: فوجب. (١١) في ب: الأخ.

والأم][1]، ولو[2] جعل كالأخ من الأبوين وجب[3] ألا يرث معه الأخ من الأب، وإن كان دونهما وجب ألا[4] يرث معهما؛ فتعين أنه أقوى منهما؛ فوجب أن يحجبهما، ولأنه كالأب في استحقاقه السدس مع [وجود][5] الابن أو[6] ابنه؛ فوجب أن يكون كهو مع وجود الإخوة والأخوات، ولأنه كهو في إرثه بالفرض والتعصيب عند وجود البنت الواحدة، فكان كهو مع[7] الإخوة والأخوات، وقد صار إلى هذا المذهب من أصحابنا المزني، و[كذلك][8] أبو ثور، وابن سريج، كما حكاه الماوردي، وحكاه الرافعي [عنهم][9] وعن محمد بن نصر من أصحابنا وابن اللبان وأبي منصور البغدادي.

وظاهر المذهب: عدم سقوطهم به، ويقاسمونه، وبه قال من الصحابة عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت، وعمران بن الحصين - رضي الله عنهم- حتى روي أن علي بن أبي طالب شبه الجد بالبحر أو النهر الكبير، والأبَ بالخليج[10] المأخوذ [منه][11]، والميتَ وأخاه بالساقيتين الممتدتين من الخليج، والساقيةُ إلى الساقية أقرب منها إلى البحر؛ ألا ترى أنه إذا سدت إحداهما[12] أخذت الأخرى ماءها ولم يرجع إلى البحر؟!

وعن زيد أنه شبه الجد بساق الشجرة وأصلها، والأبَ بغصن[13] منها، والإخوةَ بغصنين تَفَرَّعَا من ذلك الغصن، فأحد[14] الغصنين إلى الآخر أقرب منه إلى أصل الشجرة؛ ألا ترى أنه إذا قطع أحدهما امتص الآخر ما كان يمتصه المقطوع، ولم يرجع إلى الساق؟!.

وهذا التشبيه جعله[15] زيد لما كثر ترداد عمر إليه؛ يسأله عن رأيه في ميراثه من ابن ابنه[16] عاصم، ولم يجب في أمر الجد بشيء، فلما بلغ عمر خطب الناس، ثم قرأ ما كتب إليه زيد من التشبيه وقال: إن زيد بن ثابت قد قال في

---

(١) في س: الأبوين.
(٢) في ب: إن.
(٣) في د: لوجب.
(٤) في س، د: أن.
(٥) سقط في س، د.
(٦) في ب: و.
(٧) في س: عند وجود.
(٨) سقط في س، د.
(٩) سقط في ب.
(١٠) في ب: كالخليج.
(١١) سقط في س، د.
(١٢) في ب: إحداها.
(١٣) في ب: بعض.
(١٤) في س: وأحد.
(١٥) في ب: فعله.
(١٦) في ب: أبيه.

الجد قولًا، وقد أمضيته.

قال القاضي أبو الطيب: وكان عمرُ أولَ جدٍّ قاسَمَ الإخوة، وقد وجه ظاهر المذهب بقوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: ٧]، والأخ من الرجال؛ فوجب أن يكون له نصيب مما ترك أخوه، ولأنه ذكر[١] يعصب أخته؛ فوجب ألّا[٢] يسقط بالجد[٣]؛ قياسًا على الابن، ولأن كل امرأة تستحق نصف المال إذا انفردت فلا يحجبها الجد، أصله: البنت.

قال الشافعي - [رضي الله عنه][٤]-: ولأن الأخ أقوى من الجد؛ لأنه يقول: [أنا][٥] ابن أبي الميتِ، والجد يقول: أنا أبو أبي الميت، والأب لو كان هو الميت لكان الجد يأخذ سدس المال، والأخ خمسة أسداسه؛ فدل على أن الأخ أقوى من الجد، وكان يجب تقديمه، لكن إجماع الصحابة على خلاف ذلك[٦] مَنَعَ منه.

قال القاضي أبو الطيب: وهذا ينتقض بشيئين:

أحدهما: ابن الأخ مع الجد؛ فإن الأب لو كان هو الميت لأخذ ابن الأخ خمسة أسداس المال، والجد السدس، ومع هذا: الجد مقدم عليه في مسألتنا.

والثاني[٧]: العم يقول: أنا ابن جده، وأبو الجد يقول: أنا أبو جده، ولو كان الجد هو الميت لكان العم يأخذ خمسة أسداس المال، وأبو الجد يأخذ السدس[٨]، وليس العم مقدمًا [عليه][٩]؛ فبطل ما قاله الشافعي رضي الله عنه.

ثم قال: والطريق الصحيح أن يقال: إنهما شخصان يدليان بشخص، الواسطة بينه وبين الميت: أحدهما بالأبوة[١٠] والآخر بالبنوّة، والله أعلم.

فإذا[١١] تقرر أن أحد الصنفين لا يسقط الآخر، وهم في درجة واحدة - وجب أن يجعل المال بينهم، كما لو كان الجد أخًا، وإنما اعتبر ذلك عند عدم نقص نصيب الجد عن الثلث، ولم يعتبر عند نقصه، كما صار إليه زيد بن ثابت،

---

(١) في س، د: إخوته. (٢) في د: أن. (٣) في ب: الجد.
(٤) سقط في ب. (٥) سقط في ب. (٦) في د: فيه.
(٧) في ب: الثانية. (٨) في س: والجد سدسه، د: سدسه.
(٩) بدل ما بين المعقوفين في ب، وابن العم مقدم على الجد.
(١٠) في ب: بالأبوين. (١١) في د، س: ثم إذا.

وعمر وعثمان - في رواية مشهورة - وعلي لَمَّا كان بالمدينة؛ لأنه لا خلاف أنهم لا يقاسمونه أبدًا، فكان التقدير باثنين أشبه بالأصول؛ لأن الحجب إذا اختلف فيه الواحد والجماعة قدر باثنين، كحجب الإخوة للأم عن الثلث، وحجب البنات لبنات الابن، والأخواتِ للأب والأم الأخواتِ للأب، وعلى هذا فالمسائل التي تحصل فيها المقاسمة ثلاثة: إذا كان معه أخوان، أو أخ وأختان، أو أربع أخوات. وإنما قلنا: يقاسم الأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنها فريضة جمعت أبا أب وولد أب؛ فوجب ألا يأخذ ولد الأب بالفرض، كما لو كان مع الجد إخوة، ولا ينتقض بالأكدرية؛ لأنه وإن فرض لها [لكن][1] لا يأخذ بالفرض.

فإن قيل: الله - تعالى- جعل للأخت النصف مع عدم[2] الولد، وللأختين الثلثين، ولم يذكر للجد فرضًا؛ فلا يسقط به ما ثبت بنص القرآن.

قيل: الآية محمولة على حالة الانفراد؛ لأن إرثها بالكلالة، وقد تقدم أن الذي يورث كلالة مَن لا ولد له ولا والد، والجد والد كما تقدم.

قال: فإن نقص حقه بالمقاسمة عن الثلث - فرض له الثلث، وجعل الباقي للإخوة والأخوات كما ذكرنا، وقد تمسك بعضهم بكون الجد يفرض له الثلث؛ لأنه يسقط أولاد الأم، وفرضهم الثلث، فكان أقل درجاته أن يكون كَهُمْ، ولو اجتمع الإخوة للأم مع الإخوة من الأبوين، أو من الأب - لفرض لهم الثلث.

وبعضهم قال: إن الجد لو اجتمع مع الأم لورث الثلثين والأم الثلث، فإذا وجد الإخوة ردوها من إرثها إلى نصفه، ولا تنقص عنه؛ فكذلك إذا وجدوا مع الجد لا ينقصونه من إرثه غير[3] نصفه، ثم الحالة التي يفرض له فيها - إذا كان الإخوة أكثر من اثنين، والأخوات أكثر من أربع.

قال: وإن اجتمع مع الأخ من الأب والأم والأخ من الأب، قاسمهما المال أثلاثًا، ثم ما حصل للأخ [من الأب][4] يرده على الأخ من الأب والأم؛ لأن الجد له ولادة، فإذا حجبه أخوان وارثان جاز أن يحجبه أخ وارث وأخ غير

---

(١) سقط في د، س.
(٢) في س: ولد.
(٣) في ب: عن.
(٤) سقط في ب، د.

وارث؛ لوجود من هو أولى منه، ويعود النفع إلى الوارث كالأم.

قال ابن الصباغ: وقد شبهت هذه المسألةَ بمسألة في الوصايا، وهي ما إذا أوصى لواحد بمائة ولآخر بما يبقى من ثلثه بعدها، ولآخر بثلث ماله - فإن الموصى له بالمائة[١] والموصى له بما بقي يقاسمان الموصى له بالثلث؛ فيأخذان نصفه، ثم يأخذه الموصى له إذا كان مائة فما دونها، ولا يأخذ الموصى له بما بقي شيئًا.

وقد ذكر ابن كج أن من الأصحاب من منع المسألة المستشهد بها، وسوى بين زيد وعمرو في المائة.

فإن قيل: قد تقدم فيما إذا ماتت امرأة، وخلفت بنتًا وابني عم أحدهما: أخ للأم، وقلنا: إن الأخ للأم يفوز بجميع المال لو لم يكن في المسألة بنت - أنه لا يفوز بجميع المال الباقي بعد فرض البنت، ولا يفرض له السدس أيضًا على أظهر الوجهين، بل يقسم بينهما؛ لأن الإخوة للأم سقطت بالبنت، فكأنها لم تكن، وهذا المعنى موجود هاهنا، فلم لا؟

قيل: بمقاسمة الأخ للأب الأخَ للأبوين والجد، ولا يسترد منه الأخ من الأبوين شيئًا؛ لأن الجدودة أسقطت أخوة الأم، وبهذا يظهر الفرق بينه وبين حجب الأم بالأخوين اللذين ليسا بوارثين.

قال: **فإن كان ولد الأب والأم أختا واحدة، رد عليها الأخ من الأب تمام النصف، والباقي له**؛ لأن ولد الأب إنما يأخذ ما فضل عن حق ولد الأب والأم، وطريق تصحيح المسألة أن يقول: المسألة من خمسة على عدد الرءوس: للجد منها سهمان، وللأخت سهم، وللأخ سهمان، يرد منهما على الأخت تمام النصف، وهو سهم ونصف، يبقى في يده نصف، وذلك منكسر على مخرج النصف، فنضربه في أصل المسألة؛ تبلغ عشرة، ومنها تصح للجد أربعة، وللأخت خمسة، [ولأخ الأب سهم][٢] وعلى هذا فقس.

قال: **وإن اجتمع معهن مَن له فرض** - أي: وهم ستة: البنت، وبنت الابن، والأم أو الجدة، والزوج أو الزوجة - قال: **جعل للجد الأوفر**[٣] **من المقاسمة؛**

---

(١) في د، س: بمائة. (٢) سقط في د، س. (٣) في د، س: الأكثر.

لمساواته إيَّاهم[١] ونزوله منزلة الأخ أو ثلث ما يبقى بعد الفرض؛ لأن ما يبقى بعد الفرض بمنزلة جميع المال؛ لأن الفرض كالمستحق من المال، وقد بَيَّنَّا أن له من جميع المال الأوفرَ من المقاسمة أو الثلث؛ فكذلك هاهنا، أو[٢] **سدس جميع المال**؛ لأن البنتين لا ينقصونه عن السدس، فالإخوة أولى.

ثم الصورة التي تكون فيها المقاسمة خيرًا: ما إذا كان معه زوجة وأخ؛ لأن المسألة من ثمانية: تأخذ الزوجة سهمين، يبقى ستة؛ للجد[٣] منها: ثلاثة، وهي[٤] أكثر من ثلث[٥] الباقي، ومن سدس الجملة؛ فتعينت المقاسمة.

ومثال الصورة التي يكون فيها ثلث ما يبقى خيرًا: ما إذا كان الورثة: أمًّا، وجدًّا، وإخوة؛ فالمسألة - على رأى المتقدمين من أصحابنا - من ستة: للأم سهم، يبقى خمسة؛ للجد منها: ثلاثة؛ لأنه خير من المقاسمة، وسدس جميع المال، وقد انكسرت على مخرج الثلث؛ فيضرب ثلاثة في أصل المسألة تبلغ ثمانية عشر: للأم ثلاثة، وللجد خمسة، والباقي للإخوة، فإن انقسم عليهم، وإلا ضَرَبْتَ العدد الذي انكسر عليهم في أصل المسألة، [وهي ثمانية عشر إذا لم يكن بين سهامهم وعددهم وَفْقٌ، فإن كان ثَمَّ وفْقٌ ضَرَبْتَ جزء الوفق في أصل المسألة][٦]، ومنها تصح.

وطريق بعض المتأخرين أن أصل المسألة من ثمانية عشر، وطرد ذلك في كل صورة [من مسائل الجد][٧] فيها سدس، وثلث ما يبقى بعده أحظ للجد، وهو أحد الأصلين اللذين تقدم الوعد بهما.

والأصل الثاني: إذا كان في المسألة زوجة[٨] وأم، وجد، وإخوة، فعلى رأي المتقدمين المسألة من اثني عشر: للزوجة والأم خمسة أسهم، تبقى سبعة: ثلثها خير من المقاسمة وسدس الجملة، وقد انكسرت المسألة على مخرج الثلث وهو ثلاثة، فتضربها في أصل المسألة، تبلغ ستة وثلاثين: للزوج والأم خمسة [عشر][٩] وللجد ستة، والباقي للإخوة، فإن انقسم عليهم وإلا فاضرب عدد رءوسهم في

---

(١) في س: أباهم.
(٢) في س: و.
(٣) في س: للجدة.
(٤) في س: وهو.
(٥) في د، س: الثلث.
(٦) سقط في د، س.
(٧) سقط في د، س.
(٨) في د، س: زوج.
(٩) سقط في د، س.

أصل المسألة؛ إذا لم يكن [بين][١] عددهم وعدد سهامهم وفق، وإلا فاضرب جزء الوفق فيها، ومنها تصح.

ورأى بعض المتأخرين أن يجعل أصل المسألة ستة وثلاثين، وطرد ذلك في كل مسألة فيها ربع وسدس من مسائل الجد، وثلث الباقي بعد ذلك خير له.

ومثال الصورة التي يكون فيها سدس الجملة خيرًا له: ما إذا كان في المسألة زوجة، وبنت، وإخوة؛ فالمسألة من ثمانية، وسدس الجملة - وهو سهم وثلث - خير من المقاسمة وثلث ما يبقى، وقد انكسرت على مخرج الثلث، فتضربه في أصل المسألة، تبلغ أربعة وعشرين: للبنت اثنا عشر، وللزوجة ثلاثة، وللجد أربعة، والباقي بين الإخوة.

قال: فإن بقي شيء أخذه الإخوة؛ لقوله ﷺ: «أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا أَبْقَتِ [الْفَرَائِضُ][٢] فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ»[٣].

قال: وإن لم يبق شيء سقطوا[٤]؛ لأنهم عصبات، ومثال ذلك: أن يخلف الميت من الورثة زوجًا وأمًّا وجدًّا، فللزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس[٥].

قال: ولا يفرض للأخت مع الجد [إلا][٦] في الأكدرية، وهي: زوج وأم وجد وأخت - أي من أب وأم، أو من أب - فيجعل للزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، وللأخت النصف. فتعول إلى تسعة، ثم يجمع نصف الأخت وسدس الجد، فيجعل بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين؛ فتصبح من سبعة وعشرين: للزوج تسعة، وللأم ستة، وللجد ثمانية. وللأخت أربعة، وإنما أعطي الزوج النصف، والأم الثلث؛ لأنه ليس في المسألة من يحجبها، وإنما أعطي الجد السدس ولم ينقص عنه؛ لما ذكرناه من قبل، وإنما فرضنا للأخت النصف؛ لأنه ليس هنا من يسقطها ولا من يعصبها؛ فإن الجد لو عصبها لنقص حقه عن السدس؛ فتعين أن يفرض لها، ولا يمكن أن تأخذ جميع ما فرض لها؛ لأنه لا يجوز تفضيلها على الجد؛ فوجب أن يجمع بينهما في النصف[٧] ويقتسمانه للذكر مثل حظ الأنثيين، كما لو كان

---

(١) سقط في س. (٢) سقط في د، س. (٣) تقدم.
(٤) زاد في التنبيه: مثل أن يكون زوج وأم وجد وأخ فيجعل.
(٥) زاد في التنبيه: ويسقط الأخ.
(٦) سقط في س. (٧) في س: النصيب.

ما حصل لهما كل التركة وإنما صحت من سبعة وعشرين؛ لأن أصلها من ستة، وعالت بنصفها إلى تسعة: نصيب الأخت والجد منها أربعة، وهي لا تنقسم ثُلُثًا وثلثين، فقد انكسرت على مخرج الثلث، فتضربه في تسعة تبلغ سبعة وعشرين.

وسميت هذه المسألة بـ «الأكدرية»؛ لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلًا يقال له: الأكدر.

وقيل: لأن امرأة من الكدر ماتت وخلفتهم، فنسبت إليها.

وقيل: لأنها كدرت على زيد مذهبه؛ لأنه لا يعيل مسائل الجد، وقد أعالها.

وقيل: لأنها كدرت على زيد أصله؛ لأنه لا يفرض للأخوات مع الجد، وهذه المسألة يُعَايَا بها، فيقال: فريضة عدد الوارثين فيها أربعة، يأخذ أحدهم ثلث جميع المال، والثاني ثلث الباقي، والثالث ثلث الباقي، والرابع الباقي؛ لأن الزوج يأخذ تسعة من سبعة وعشرين، [وهي ثلثها](1)، والأم ستة وهي ثلث الباقي، والأخت أربعة، وهي ثلث الباقي، والجد الباقي.

قال الرافعي: وقياس كون الأخت عصبة بالجد [أن تسقط](2) وإن رجع الجد إلى الفرض؛ ألا ترى أنا نقول في بنتين، وأم، وجد، وأخت: للبنتين الثلثان، وللأم السدس، وللجد السدس، وتسقط الأخت؛ لأنها عصبة مع البنات، ومعلوم أن البنات لا يأخذن إلا بالفرض، ولو كان بدل الأخت أختين لم تعل المسألة، وكان للزوج النصف، وللأم السدس، والباقي بين الجد والأختين(3)؛ لأنه لم ينقص حقه عن السدس، وقد استوى في هذه الحالة سدس الجملة والمقاسمة.

وقد نجز شرح المسائل المذكورة في الكتاب من كتاب الفرائض، ونختمها بذكر ما يحتاج إليه في معرفة تصحيح المسائل على اصطلاح القوم، وذلك يتوقف على أمرين:

أحدهما: معرفة الأصول التي نستخرج منها نصيب كل واحد، وقد تقدم.

والثاني: معرفة ما هو موافق من الأعدد للآخر، وما هو مباين ومتداخل ومتماثل.

فنقول: كل عددين فأكثر إذا اجتمعا فلا يخلو: إما أن يكونا متماثلين كثلاثة

---

(١) سقط في س.		(٢) في س: عن سقط.		(٣) في د، س: الأخت.

[وثلاثة]، وخمسة وخمسة، أو غير متماثلين. ثم إذا[(١)] كانا غير متماثلين: فإما أن يفنى الأكثر بالأقل إذا أسقط منه [مرتين][(٢)] فصاعدًا: كالخمسة مع العشرة والثلاثة مع التسعة، أو لا يفنى به، إن كان الأول سميا متداخلين، والمعنى أن أحدهما داخل في الآخر مدخول فيه، وإن كان الثاني فإما أن يفنيهما جميعًا عدد ثالث: كالستة مع العشرة يفنيهما الاثنان، وكالتسعة مع الاثني عشر تفنيهما الثلاثة، أو لا يفنيهما عدد آخر، وإنما يفنيان بالواحد، فإن كان الأول سميا متوافقين، وإن كان الثاني سميا «متباينين»، فإذن كل عددين إما متداخلان، أو متماثلان، أو متوافقان، أو متباينان، وكل متداخلين فهما متوافقان؛ لأن الأول إذا أفنى الأكثر كانا متوافقين بأجزاء ما في العدد الأقل من الآحاد .

مثاله: الخمسة تفنى العشرة، فهما متوافقان بالأخماس، فإذا أردت أن تعلم أن أحد العددين هل يدخل في الآخر؛ فأَسْقِطِ الأقل من الأكثر مرتين فصاعدًا، أو زد على الأقل مثله مرتين فصاعدا، فإن فنى الأكثر بالأقل، أو ساوى الأقل الأكثر بزيادة المثل أو المثلين فصاعدًا - فهما متداخلان، وإلا فلا، وإن أردت أن تعلم أنهما متوافقان فأسقط الأقل من الأكثر ما أمكن، فما بقي فأسقط، فأسقطه من الأقل، فإن بقى منه شيء، فأسقطه مما بقى من الأكثر، ولا تزال تفعل ذلك حتى يفنى العدد المنقوص [منه][(٣)] أجزاء، فإن فنى بواحد فمتباين[(٤)]، وإن فني بعدد فهما متوافقان بالجزء المأخوذ من ذلك العدد، فإن فنى باثنين فهما متوافقان بالنصف، وإن فنى بثلاثة فبالثلث، وإن فنى بعشرة فبالعشر، وإن فني بأحد عشر [فبأجزاء أحد][(٥)] عشر، وعلى هذا القياس.

مثاله: واحد وعشرون، وتسعة وأربعون، تسقط الأقل من الأكثر تبقى سبعة، تسقط السبعة من واحد[(٦)] وعشرين ثلاث مرات يفنى بها؛ فهما متوافقان بالأسباع.

مائة وعشرون، ومائة وخمسة وستون، تسقط الأول من الثاني، يبقى خمسة وأربعون، فأسقطها من المائة وعشرين مرتين، يبقى ثلاثون، أسقطها من الخمسة

---

(١) في س: إن.
(٢) في س: سقط.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: فمتباينين.
(٥) في د، س: فبأحد.
(٦) في س: الأحد.

والأربعين، تبقى خمسة عشر، أسقطه من الثلاثين مرتين، تفنى به الثلاثون، فهما متوافقان بأجزاء خمسة عشرة.

ومهما حصل التداخل انقسم الأكثر على الأقل قسمة صحيحة، وكان الأقل غير زائد على النصف، وإذا أفنى عددين أكثر من عدد واحد فهما متوافقان بأجزاء تلك الأعداد من الآحاد.

مثاله: اثنا عشر وثمانية عشر تفنيهما الستة والثلاثة والاثنان؛ فهما متوافقان بالأسداس، والأثلاث، والأنصاف.

والعمل والاعتبار في مثل ذلك بالجزء الأقل، فيعتبر في هذا المثال السدس، وفي المتوافقين بالأخماس: الخمس، والأعشار: العشر، وعلى هذا القياس.

فإذا عرف ذلك جئنا إلى الصحيح، فإن كان الورثة كلهم عصبات - فَأَمْرُ القسمة سهل، وقد بيناه، وإن كان الورثة أصحاب فروض، أو كان فيهم صاحب فرض، وعرفت أصل المسألة بعولها إن كانت عائلة، فانظر في السهام وأصحابها: إن انقسمت عليهم جميعًا فذاك.

مثاله: زوج وأم، وأخوان من أم؛ فهي من ستة: للزوج ثلاثة، وللأم سهم، ولكل من ولد الأم سهم.

زوج وثلاثة بنين، المسألة من أربعة: للزوج سهم، ولكل ابن سهم.

زوجة وبنت، وثلاثة بنى ابن، المسألة من ثمانية، للزوجة الثمن سهم، وللبنت النصف أربعة، تبقى ثلاثة لكل ابن ابن سهم.

وإن لم تنقسم، فإما أن تنكسر على صنف واحد أو أكثر، فإن كان الأول نظر في سهامه وعدد رءوسهم: إن [كانا متباينين][1] ضربت عدد رءوسهم في أصل المسألة بعولها، إن كانت عائلة، وإن كانا متوافقين ضربت جزء الوفق من عدد رءوسهم في أصل المسألة بعولها إن كانت عائلة.

مثال التباين: زوج وأخوان، هي من اثنين: للزوج سهم، يبقى سهم لا يصح عليهما ولا موافقة، فاضرب عددهما في أصل المسألة تبلغ أربعة: للزوج سهمان، ولكل أخ سهم.

---

(١) في س: كانتا متباينتين.

مثال التوافق: أم وأربعة أعمام، هي من ثلاثة: للأم واحد، يبقى اثنان لا يصح على الأعمام الأربعة، لكنَّ العددين متوافقان بالنصف، فيضرب نصف عدد الأعمام - وهو اثنان - في أصل المسألة، تبلغ ستة ومنها تصح، وإذا اتفق التوافق في جزأين فصاعدًا - ضربت أقل أجزاء الوفق من عدد الرءوس في أصل المسألة بعولها، فما بلغ فمنه تصح المسألة.

مثاله: زوج وأم وستة عشر بنتًا، هي من اثني عشر، وتعول إلى ثلاثة عشر: للبنات منها ثمانية لا تصح عليهن، لكن الثمانية[(١)] مع عددهن يتوافقان بالنصف، والربع، والثمن، فتأخذ أقل هذه الأجزاء - وهو الثمن - من عدد الرءوس وهو سهمان، وتضربهما في أصل المسألة بعولها، تبلغ ستة وعشرين.

وإن وقع الكسر على أكثر من صنف، فإما أن يقع على اثنين أو ثلاثة، أو أربعة ولا مزيد؛ لأن الوارثين في الفريضة الواحدة لا يزيدون على خمسة أصناف[(٢)]؛ كما بينا عند اجتماع من يرث من الرجال والنساء، أو أحد الصنفين، ولا بد من صحة نصيب أحد الأصناف عليه؛ لأن أحد الأصناف الخمسة: الزوج والأبوان، والواحد يصح عليه ما يصيبه؛ فلزم الحصر.

فإن وقع الكسر على صنفين نظرنا في سهام كل صنف، وعدد رءوسهم، فإن لم يكن بينهما موافقة في واحد من الصنفين - تركت رءوس الصنفين بحالها، فإن كان بين السهام وعدد الرءوس موافقة [فيهما][(٣)] - فترد عدد كل صنف إلى جزء الوفق، وإن كان بين أحد الصنفين وسهامه موافقة، ولا موافقة بين الآخر وعدد سهامه، فرد عدد ما يوافق رءوسهم وسهامهم إلى جزء الوفق، واترك عدد الآخر بحاله.

ثم عدد رءوس الصنفين في الأحوال الثلاثة التي ذكرناها: إما أن يتماثلا؛ فتكتفى بأحدهما، وتضربه في أصل المسألة بعولها، [وإما أن يتداخلا، فتضرب الأكثر منهما في أصل المسألة بعولها][(٤)] أو يتوافقا فتضرب جزء الوفق من أحدهما - أو أقل جزء الوفق إن توافقا بجزأين في جميع الآخر، فما حصل

---

(١) في د، س: المسألة.
(٢) في س: أوصاف.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في د، س.

تضربه في أصل المسألة بعولها. وكذا إن تباينا ضربت أحدهما في الآخر، فما حصل تضربه في أصل المسألة بعولها، فما بلغ فمنه تصح المسألة، وتخرج من [هذه الأحوال][١] اثنتا عشرة مسألة؟ ولنوضح ذلك بالمثال:

ففى الحالة الأولى أربع مسائل:

ثلاث بنات وثلاثة إخوة، الأعداد متماثلة، فتكتفي بأحدهما وتضربه في أصل المسألة [- وهو ثلاثة -][٢] تبلغ تسعة، ومنها تصح.

ثلاث بنات وستة إخوة، العدد الأول داخل في الثاني؛ فتكتفي به وتضربه في أصل المسألة، ومنها تصح.

تسع بنات وست أخوات، العددان متوافقان[٣] بالثلث، تضرب ثلث أحدهما في كامل الآخر تبلغ ثمانية عشر، ثم اضرب ذلك في أصل المسألة تبلغ أربعة وخمسين، ومنها تصح.

ثلاث بنات وأخوان، العدد الأول مباين للثاني، فاضرب أحدهما في الآخر تبلغ ستة، ثم اضرب الستة في أصل المسألة تبلغ ثمانية عشر، ومنها تصح.

وفي الحالة الثانية أربع مسائل:

أم وستة إخوة [لأم][٤]، واثنتا عشرة أختًا لأب: أصل المسألة من ستة، وتعول إلى سبعة، فللإخوة سهمان يوافقان عددهم بالنصف، [فرد عددهم إلى ثلاثة. وللأخوات أربعة توافق عددهن بالنصف][٥] والربع، فرد عددهن إلى ثلاثة؛ ردًّا إلى أقل الوفقين؛ فيتماثل العددان المردودان؛ فتكتفي بأحدهما وتضربه في أصل المسألة، ومنها تصح.

أم وثمانية إخوة لأم، وثماني أخوات لأب، يرجع عدد الإخوة إلى أربعة، وعدد الأخوات إلى اثنين؛ ردًّا إلى أقل الوفقين، وهما متداخلان، فتكتفي بالأربعة، وتضربها في أصل المسألة، ومنها تصح.

أم واثنا عشر أخًا لأم، وست عشرة أختًا لأب: ترجع الإخوة إلى ستة، والأخوات إلى أربعة، وهما متوافقان بالنصف، فاضرب نصف الستة في كامل

---

(١) في س: ذلك.
(٢) سقط في د، س.
(٣) في س: يتوافقان.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س، د.

الأربعة تبلغ اثنى عشر، ثم اضربها في أصل المسألة بعولها - وهو سبعة - تبلغ أربعة وثمانين، ومنها تصح.

أم وستة إخوة لأم وثماني أخوات [لأب][١]: ترجع الإخوة إلى ثلاثة، والأخوات إلى اثنين، وهما متباينان، فاضرب الاثنين في الثلاثة تبلغ ستة، ثم اضربها في سبعة تبلغ اثنين وأربعين، ومنها تصح.

وفي الحالة الثالثة أربع مسائل:

ست بنات وثلاثة إخوة، المسألة من ثلاثة: سهمان للبنات، وبينهما موافقة بالنصف، فرجع عددهم إلى ثلاثة، وهي تماثل عدد الإخوة، فتكتفي بأحدهما.

أربع بنات وأربعة إخوة، يرجع [عدد][٢] البنات إلى اثنين، والاثنان يدخلان في الأربعة، فتكتفي بها.

ثماني بنات وستة إخوة، يرجع عدد البنات إلى أربعة، ويتوافق بعد ذلك عددهن وعدد الإخوة بالنصف.

أربع بنات وثلاثة إخوة يرجع [عدد] البنات إلى اثنين، واثنان مباينان لثلاثة، فتضرب أحدهما في الآخر، ثم ما انتهى إليه تضربه في أصل المسألة.

وإن وقع الكسر على ثلاثة أصناف أو أربعة - نظرت أولًا في سهام كل صنف وعدد رءوسهم، فحيث وجدنا الموافقة رددنا عدد الرءوس إلى جزء[٣] الوفق، وحيث لم نجدها أبقيناه بحاله.

ثم يجيء في عدد الأصناف الأحوال الأربعة:

فكل عددين متماثلين نقتصر على أحدهما، وإن تماثل الكل اكتفينا بواحد، وضربناه في أصل المسألة بعولها.

وكل عددين متداخلين نقتصر منهما على الأكثر، وإن اتفق التداخل بين الكل اكتفينا بأكثرهما، وضربناه في أصل المسألة بعولها.

وكل عددين متوافقين تضرب وفق أحدهما في الآخر، وإن توافق الكل فتوقف أحدهما، وترد ما عداه إلى جزء الوفق، ثم تنظر في أجزاء الوفق: فتكتفي عند التماثل بواحد منها، وعند التداخل بالأكثر، وعند التوافق تضرب جزء الوفق من

---

(١) سقط في س، د. (٢) سقط في د، س. (٣) في د، س: آخر.

البعض في البعض، فما انتهى إليه الضرب تضربه في أصل المسألة بعولها. [وعند التباين تضرب البعض [في البعض][١]، فما[٢] انتهى إليه الضرب تضربه في أصل المسألة بعولها].

وإن كانت الأعداد متباينة ضربنا[٣] عددًا منها في الآخر، ثم ما حصل ضربناه في [العدد][٤] الثالث، ثم ما حصل ضربناه في العدد الرابع، ثم ما حصل ضربناه في أصل المسألة بعولها، ومن ذلك تصح المسألة، وإن شئت ضربت أحد الأعداد في أصل المسألة بعولها، [ثم ما حصل تضربه في العدد الثاني][٥]، ثم ما حصل تضربه في الثالث، ثم ما حصل تضربه في الرابع.

وإذا لم يكن بين السهام وعدد الرءوس ولا بين أعداد الرءوس موافقةٌ سميت المسألة صَمَّاء.

وإذا فهمت هذه الضوابط، لم يَخْفَ على الفطن تخريج المسائل عليها؛ فإنا لو استوعبنا هذه [الصور بالأمثلة][٦] لطال الكلام ومُلَّ، مع أنها مستوعبة في التصانيف المفردة في هذا الشأن.

ثم ما ذكرناه مفروض فيما إذا لم يمت أحد من الورثة حتى قسمت التركة، فإن مات أحد منهم قبل قسمة تركة الأول - فالكلام في هذه الحالة يعرف بـ «المناسخات»، ولهذه الصورة حالتان:

إحداهما: أن تكون ورثة الثاني[٧] هم ورثة الأول بعينهم، وميراثهم منه كميراثهم من الأول، فيقدر في هذه الحالة كأن الميت الثاني لم يكن، وتقسم التركة على الباقين، وتتصور المسألة فيما إذا كان الكل عصبة: كإخوته[٨] أو بنين وبنات، فمات أحدهم وورثه الباقون لا غير، وفيما إذا كان الإرث عن الميتين بالفرض: كما إذا مات الأول عن زوج وأم وأخوات لأم مختلفات الآباء[٩]، ثم نكح الزوج إحداهن، فماتت عن الباقين، وفيما إذا كان بعضهم يرث بالفرضية[١٠] وبعضهم بالعصوبة: كما إذا مات عن أم وإخوة لأم ومعتق، ثم مات أحد الإخوة

---

(١) في ب، د: بالبعض.
(٢) في ب، د: ثم ما.
(٣) في س: ضربت.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: الأمثلة بالصور.
(٧) في د، س: الأول.
(٨) في د، س: كإخوة.
(٩) في س: بالآباء.
(١٠) في س: بالفرض.

عن الباقين.

الحالة الثانية: ألا ينحصر ورثة الثاني في باقي ورثة الأول؛ إما لأن الوارث غيرهم، أو لأن غيرهم يشركهم، أو ينحصر في ورثة الأول، إلا أن مقادير استحقاقهم من الثاني مخالفة لمقادير استحقاقهم[١] من الأول، فالطريق في هذا أن تصحح مسألة الأول، ثم مسألة الثاني، وتنظر في نصيب الثاني من مسألة الأول: فإن انقسم نصيبه على مسألته فذاك، وإلا فيقابل نصيبه بمسألته الصحيحة: إن كان بينهما موافقة ضربت أقل جزء الوفق من مسألته في مسألة الأول، فما بلغ فمنه تصح المسألتان، [وإن لم تكن بينهما موافقة تضرب جميع مسألته في مسألة الأول، فما بلغ فمنه تصح المسألتان][٢]، ومن له شيء من المسألة الأولى يأخذه[٣] مضروبًا في تمام المسألة الثانية إن لم يكن بينهما موافقة، [وإن كان فيأخذه مضروبًا في وفق الثانية][٤].

ومن له شيء من مسألة الميت الثاني يأخذه[٥] مضروبًا في نصيب الميت الثاني من الميت الأول، أو في وفق النصيب إن كان بين نصيبه ومسألته موافقة.

الأمثلة:

زوج وأختان لأب، ماتت إحداهما عن الأخرى وعن بنت، الأولى من ستة، وعالت إلى سبعة، نصيب كل أخت منها سهمان، والمسألة الثانية من اثنين؛ فنصيبها[٦] من الأولى موافق لسهامها؛ فلا حاجة إلى ضرب.

زوجة وثلاثة بنين وبنت، ثم ماتت الأم عن أم وثلاثة إخوة، وهم الباقون من ورثة الأولى، المسألة الأولى من ثمانية، ونصيب الميتة ثانيًا منها سهم، ومسألتها من ستة، وتصح من ثمانية عشر، وسهم لا ينقسم على ثمانية عشر، ولا وفق فيه؛ فتضرب المسألة الثانية في الأولى تبلغ مائة وأربعة وأربعين: للزوجة من الأولى سهم مضروب في الثمانية عشر بثمانية عشر، ولكل ابن سهمان مضروبان في ثمانية عشر بستة وثلاثين، وللبنت الميتة منها ثمانية عشر، للأم منها ثلاثة؛ لأن

---

(١) في د، س: إرثهم. (٢) سقط في د، س. (٣) في د، س: أخذه.
(٤) في د، س: وفي وفقها إن كان.
(٥) في س: أخذه. (٦) في د: ونصيبها، وفي س: ونصيبهما.

نصيبها من المسألة[١] الثانية ثلاثة أسهم تأخذها مضروبة في نصيب البنت من الأولى، وهو سهم، [تبلغ ثلاثة][٢]، ونصيب كل أخ من المسألة الثانية خمسة، يأخذها مضروبة في نصيب أخته[٣] من المسألة الأولى، وهو سهم، فيكمل [للأم][٤] أحد وعشرون، ولكل أخ أحد وأربعون.

جدتان وثلاث أخوات متفرقات، ثم ماتت الأخت من الأم عن أخت لأم، وهي الأخت [من الأبوين في الأولى][٥]، وعن أختين لأب وأم، وعن أم أم، وهي إحدى الجدتين - المسألة الأولى من اثنى عشر، والثانية من ستة. ونصيب الأخت الميتة من المسألة الأولى سهمان، ونصيبها و[٦] مسألتها يتوافقان بالنصف، فيضرب نصف مسألتها في الأولى تبلغ ستة وثلاثين، كان للجدتين سهمان تأخذ أيهما مضروبين في ثلاثة [[تكون ستة][٧]، وكذا الأخت[٨] من الأب، وكان للأخت من الأبوين ستة تأخذها مضروبة في ثلاثة][٩]، تبلغ ثمانية عشر، وكان لها من المسألة الثانية سهم واحد، [تأخذه][١٠] مضروبًا في وفق نصيب الميت من الأولى، وهو سهم، وللأختين من الأبوين أربعة مضروبة في سهم، ولأم الأم سهم مضروب في سهم؛ فيحصل للأخت [للأب][١١] الوارثة في المسألتين تسعة عشر، وللجدة الوارثة فيها أربعة.

ولو مات ثالث قبل قسمة التركة، فلك أن تصحح المسائل الثلاث، وتأخذ نصيب الميت الثالث منها، وتقابله بما تصح منه مسألته، فإن انقسم نصيبه على مسألته فذاك، وإلا فإن توافقا ضربت وفق مسألته فيما صحت منه الأوليان، وإن تباينا ضربت مسألته فيه، وعلى هذا القياس تعمل [ما][١٢] إذا مات رابع وخامس قبل القسمة.

ثم من كان له شيء من المسألتين الأوليين، أو من إحديهما أخذه مضروبًا في الثالثة، أو في وفقها، ومن كان له شيء من الثانية خاصة، أخذه مضروبًا في

(١) في د، س: لها. (٢) سقط في س. (٣) في س: الميت.
(٤) سقط في د. (٥) في ب: في الأولى من الأبوين.
(٦) في د، س: مع. (٧) في س: بستة. (٨) في ب: للأب.
(٩) سقط في د. (١٠) سقط في س. (١١) سقط في س.
(١٢) سقط في س.

نصيب الثالث من المسألتين الأوليين، أو في وفقه.

المثال: زوج، وأم، وثلاث أخوات متفرقات، مات الزوج عن خمسة بنين وخمس بنات، ثم مات أحد البنين عن أربعة بنين وأربع بنات، المسألة الأولى من تسعة، والثانية تصح من خمسة عشر، ونصيب [الميت][١] الثاني من الأولى ثلاثة، وبينهما موافقة بالثلث، تضرب ثلث الخمسة عشر في الأولى تبلغ خمسة [وأربعين، كان للأخت من الأبوين من المسألة الأولى ثلاثةٌ، تأخذها مضروبة في خمسة، تكون خمسة عشر، [وكان للأخت من الأب سهم تأخذه مضروبًا في خمسة، تكون خمسة للأخت للأم كذلك، وللأم كذلك، وكان للزوج ثلاثة تضرب في خمسة][٢] تكون خمسة عشر][٣] تنقسم على مسألته، ونصيب كل ابن سهمان؛ فإذًا نصيب الميت الثالث سهمان، وتصح مسألته من اثني عشر، وبينهما موافقة بالنصف، فتضرب نصف الاثني عشر فيما صحت منه المسألتان، وهو خمسة وأربعون، تبلغ مائتين وسبعين: للزوج منها خمسة عشر مضروبة فيما ضربناه في الخمسة والأربعين، وهو ستة؛ تكون تسعين، و[كان][٤] للأخت من الأبوين خمسة عشر [تأخذها][٥]، مضروبة في ستة [تبلغ تسعين][٦]، وللأخت [من الأب][٧] خمسة، [تأخذها][٨] مضروبة في ستة [تكون ثلاثين][٩]، وكذلك للأخت من الأم، وللأم، فكان لكل ابن من الميت الثاني سهمان؛ فيحصل لكل واحد منهم اثنا عشر؛ لأنك تضرب[١٠] السهمين في ستة، فينقسم[١١] نصيب الميت الثالث على ورثته، [كان][١٢] لكل ابن من مسألته سهمان، فيضربان في وفق نصيبه من الخمسة والأربعين وهو واحد، فيكون سهمين، ولكل بنت سهم.

مثال [ذلك][١٣]: زوج وخمسة إخوة، ثم مات الزوج عن بنت وابنين - الأولى تصح من عشرة، والثانية من خمسة، ونصيب الميت الثاني من الأولى[١٤]

---

(١) سقط في د، س. (٢) من قوله: «وأربعين» إلى هنا سقط في د.
(٣) من قوله: «وكان للأخت» إلى هنا سقط في س.
(٤) سقط في س. (٥) سقط في د، س. (٦) في س: تسمعين.
(٧) في س: للأب. (٨) سقط في س. (٩) في س: بثلاثين.
(١٠) في ب، د: اضرب. (١١) في س: فتقسم. (١٢) سقط في س.
(١٣) سقط في س. (١٤) في ب، د: الأول.

خمسة، ينقسم نصيبه على مسألته، ثم مات أحد الابنين عن أخ وأخت: مسألته من ثلاثة، ونصيبه اثنان ولا موافقة بينهما، تضرب ثلاثة في المسألة الأولى تبلغ ثلاثين، كان للزوج من الأولى خمسة يأخذها مضروبة فيما ضربنا فيه الأولى تبلغ خمسة عشر، ولكل أخ ثلاثة، ثم تقسم ما أصاب الميت الثاني، وهو خمسة عشر، وكان لكل [واحد من ابنيه][(١)] من مسألته سهمان، تضربهما في الثلاثة[(٢)]، تكون ستة، وللبنت سهم مضروب في ثلاثة بثلاثة، ثم الستة التي أصابت الميت الثالث تنقسم على ورثته؛ [و][(٣)] كان للأخ سهمان، فتضربهما في نصيب الميت الثالث من المسألة الأولى، وهو[(٤)] سهمان، تكون أربعة، وكان للأخت سهم فتضربه في نصيب الميت، وهو سهمان؛ يكون سهمين.

قال الفَرَضِيُّون: وقد يمكن اختصار الحساب بعد الفراغ من عمل التصحيح؛ وذلك إذا كانت [أنصباء][(٥)] الورثة كلها متماثلة، فترد[(٦)] القسمة إلى عدد رءوسهم، وكذلك إذا كانت متوافقة بجزء صحيح، فيؤخذ ذلك الوفق من نصيب كل واحد منهم، ويقسم المال بينهم على ذلك العدد: كزوجة وبنت وثلاثة بنين منها، ثم مات أحد البنين عن الباقي - فالأولى[(٧)] من ثمانية، والثانية من ستة، ونصيب الميت الثاني سهمان يوافقان مسألته بالنصف، فتضرب نصف مسألته في الأولى تكون أربعة وعشرين: للزوجة منها ثلاثة، وللبنت ثلاثة، ولكل ابن ستة، ومن نصيب الميت الثاني: للأم سهم، وللأخت سهم، ولكل أخ سهمان، فمجموع ما للأم أربعة، وللأخت كذلك، ولكل أخٍ ثمانية، والأنصباء متوافقة بالربع، فيأخذ ربع كل نصيب، يبلغ ستة، فيقسم[(٨)] المال عليها اختصارًا، أما إذا لم يكن بين الأنصباء موافقة، أو لم يكن إلا في بعضها - لم يمكن الاختصار، والله - تعالى - أعلم.

ويتلوه - إن يسر الله وأعان- كتاب النكاح، وصلى الله على سيدنا محمد.

---

(١) في س: ابن.
(٢) في س: ثلاثة.
(٣) سقط في د، س.
(٤) في د: وهما.
(٥) سقط في د.
(٦) في س: فرد.
(٧) في س: الأولى.
(٨) في س: فينقسم.

فهرس المحتويات

* * *

KIFĀYAT AL-NABĪH
ŠARḤ AL-TANBĪH

by

Imām Najmuddīn Ibn al-Rifᶜah

Edited by

Dr. Majdi Muḥammad Surūr Bāsallūm

Volume XII

دار الكتب العلمية®
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban